Streikrecht und Aussperrungsrecht

im Rahmen der schweizerischen Arbeitsverfassung
und im internationalen Konventionsrecht
(insbesondere der Europäischen Sozialcharta)
Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
MICHAEL HOHN
von Diedelsheim

Verlag Rüegger, CH-8253 Diessenhofen 1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548111_0011

Streikrecht und Aussperrungsrecht

im Rahmen der schweizerischen Arbeitsverfassung
und im internationalen Konventionsrecht
(insbesondere der Europäischen Sozialcharta)
Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
MICHAEL HOHN
von Diedelsheim

Verlag Rüegger, CH-8253 Diessenhofen 1978

Berner Dissertation

Die Fakultät hat diese Arbeit am 9. Februar 1978 auf Antrag von Prof. Dr. J. P. Müller als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

© Verlag Rüegger, CH-8253 Diessenhofen 1978
ISBN 3 7253 0073 9

MEINEN ELTERN

Herzlichen Dank schulde ich insbesondere Herrn Prof. J.P. Müller, unter dessen Aufsicht ich diese Arbeit schreiben durfte und Herrn Prof. H.P. Tschudi für wertvolle Ratschläge und die Durchsicht eines Entwurfes dieser Arbeit. Dankenswerte Hilfe wurde mir auch von Herrn Prof. B. Zanetti und Herrn Dr. H. Wiebringhaus vom Europarat in Strassbourg zuteil.

Spezieller Dank gebührt meiner Frau für alle Geduld, mit der Sie das Entstehen der Arbeit begleitet hat.

Die Arbeit wurde im Oktober 1977 abgeschlossen. Danach erschienene Literatur wurde – soweit möglich – noch berücksichtigt.

Münchenbuchsee im Juni 1978

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis
Abkürzungen

Einleitung
1. Die Aktualität des Themas 1
2. Der Aufbau der Arbeit 3

TEIL I: VON DER STREIKFREIHEIT ZUM STREIKRECHT

Die historische Entwicklung des Streikverständnisses und ihre rechtlichen Folgen 5

1. Standortbestimmung des Arbeitskampfes in einem gewandelten Verhältnis von Staat und Gesellschaft 5
1.1. Das klassische Streikverständnis im liberalen Rechtsstaat 5
1.2. Die Stellung und Rechtfertigung des Streiks im sozialen Rechtsstaat 7
1.2.1. Sozialstaatsprinzip und „soziale Selbstverwaltung" 7
1.2.2. Die Grenze der staatlichen Unparteilichkeit (Neutralität) im Bereich der kollektiven Autonomie 11
1.2.3. Unmittelbare und mittelbare staatliche Beeinflussung des Arbeitskampfes im Sozialstaat 13
1.3. Freiheitsrechtliche und sozialrechtliche Strukturelemente von Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht 16
1.3.1. Die Koalitionsfreiheit als liberales Freiheitsrecht mit sozialer Zwecksetzung 16

1.3.2. Das Streik- und Aussperrungsrecht als „prozessual" verfasstes Sozialrecht 18
1.3.3. Der sozialstaatliche Auftrag zur „organisationsrechtlichen" Sicherung eines freiheitlichen Koalitionsverfahrens 22

2. Die Garantie einer Streikfreiheit in der schweizerischen Rechtsordnung und die „moderne" Konzeption eines subjektiv-privaten Streikrechts 25

2.1. Die in der schweizerischen Rechtsordnung herrschende Konzeption einer Arbeitskampffreiheit 25
2.1.1. Der arbeitsrechtliche Arbeitskampfbegriff 25
2.1.2. Die Anerkennung einer Arbeitskampffreiheit in den Grenzen der allgemeinen Rechtsordnung 28
2.1.3. Die Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf das Arbeitsvertragsverhältnis – Aussagen der schweizerischen Rechtsprechung 32
2.1.4. Die rechtlichen Folgen arbeitsvertragswidriger Kampfmassnahmen nach der herrschenden Lehre 37

2.2. Kritik an der individualrechtlichen Vertragsbruchtheorie und dogmatische Lösungsversuche in der schweizerischen Doktrin 39
2.2.1. Unzweckmässige Bindung des Streikvorgangs an eine vorgängige Kündigung 39
2.2.2. Unzureichende Legitimation des Arbeitskampfes in einer allgemeinen Handlungsfreiheit 41
2.2.3. Die Übertragung der Lehre vom „Wegfall der Geschäftsgrundlage" auf die Arbeitskampfproblematik in der schweizerischen Doktrin – zulässiger Weg zur Rechtfertigung eines suspendierenden Streikrechts? 44
2.2.4. Die Theorie des „offenen" Arbeitsvertrages nach Zeuner und Otte und die schweizerische Fortentwicklung durch Flühmann 46

2.3. Der verfassungsrechtliche Versuch zur Rechtfertigung einer Privatrechtsgeltung der Streikfreiheit 50
2.3.1. Unzureichende Würdigung der Privatrechtswirkung einer verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit in der herrschenden schweizerischen Lehre 50
2.3.2. Parallelen im deutschen Verfassungsrecht 53
2.3.3. Das konstitutiv–institutionelle Grundrechtsverständnis und die Drittwirkungsproblematik – Privatrechtsgeltung einer verfassungsrechtlichen Streikfreiheit? 57
2.3.4. Die organisationsrechtliche Konkretisierung und Instrumentierung der Koalitionsfreiheit 62
2.3.5. Verfassungspolitischer Ausblick 65
2.4. Kann der EMRK die Garantie eines subjektiv-privaten Streikrechts entnommen werden? 69
2.4.1. Die innerstaatliche Geltung der EMRK und der Grundsatz der konventionskonformen Auslegung 69
2.4.2. Stellungnahme der Doktrin zur Garantie eines Streikrechts in Art. 11 EMRK 71
2.4.3. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Würdigung 73
2.4.4. Ergebnis 80
2.5. Die „moderne" Streikrechtskonzeption des Art. 6 Abs. 4 der ESCH 81
2.5.1. Die Rechtsprechung des Expertenausschusses als Kontrollorgan der ESCH 81
2.5.2. Exkurs: Ansätze zur Berücksichtigung des Arbeitskampfes in der Praxis des schweizerischen Sozialversicherungsrechts 83

TEIL II: VERGLEICH DER IN DER SCHWEIZERISCHEN „ARBEITSVERFASSUNG" VORGEZEICHNETEN KAMPFREGELN MIT DER ENTWICKLUNG DES INTERNATIONALEN KONVENTIONSRECHTS, INSBESONDERE DER ESCH 88

3. Direktiven für die Ausbildung von Kampfregeln im Bezugssystem der schweizerischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung 88

3.1. Die wirtschaftsrechtliche Funktion des Arbeitskampfes 88

3.1.1. Wirtschaftsrecht als zielbezogenes Koordinationsrecht 88

3.1.2. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung und das Koordinationsprinzip am Arbeitsmarkt 90

3.1.3. Gemeinwohlbezogenheit des Wirtschaftsrechtes und die Regelung des Arbeitskampfes 92

3.2. Aussagen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung 96

3.2.1. Der verfassungsrechtliche Standort der schweizerischen Arbeitsverfassung 96

3.2.2. Die ordnungspolitischen Funktionsbedingungen der Tarifautonomie: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Prämissen 99

3.2.3. Materielles Kompetenzverständnis von Art. 34ter Abs. 1 BV 101

3.2.4. Die „gemeinsame" Regelung von betrieblichen und beruflichen Angelegenheiten 103

3.2.5. „Die Förderung des Arbeitsfriedens" durch AVE von GAV in lit. c von Art. 34ter Abs. 1 BV 111

3.2.6. Folgerungen 116

3.3. Der von der schweizerischen Arbeitsverfassung vorgezeichnete Weg zu funktionsgerechten Kampfregeln 117

3.3.1. Die Legitimation zum Arbeitskampf 117

3.3.2. Das gesamtarbeitsvertragliche Regelungsziel als funktionale Begrenzung des Arbeitskampfes 119
3.3.3. Die Aussperrung als Mittel zur Herstellung eines gleichgewichtigen Auseinandersetzungsprozesses 123
3.3.4. Die Wiederherstellung des Arbeitsfriedens als Kampfziel und dessen Konkretisierung im Verhältnismässigkeitsprinzip 124
3.4. Ergebnis und Ausblick 124

4. Die Gewährleistung des Streikrechts im internationalen Konventionsrecht, insbesondere in der ESCH 126
4.1. Die Garantie eines Streikrechts in den Konventionen der UN 126
4.1.1. Der internationale Pakt der UN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. 2. 1966 126
4.1.2. Die Abkommen 87 und 98 der International Labour Organization (ILO) 128
4.2. Die Europäische Sozialcharta vom 18. 10. 1961 132
4.2.1. Zum Aufbau der ESCH 132
4.2.2. Zielsetzung 133
4.2.3. „Le droit de négociation collective" in Art. 6 ESCH und das hierzu dienende Streikrecht nach Abs. 4 136
4.3. Die Problematik der innerstaatlichen Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 4 ESCH 138
4.3.1. Der grundsätzlich fehlende „self-executing" Charakter der Bestimmungen der ESCH 138
4.3.2. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 4 ESCH im innerstaatlichen Recht 141
4.3.3. Praktische Unzuträglichkeiten einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Streikrechts 146
4.3.4. Justiziable Teilgehalte eines Streikrechts 149

4.3.5. Der Grundsatz chartakonformer Auslegung als Verfahren zur Lösung praktischer innerstaatlicher Anwendungsprobleme 151

TEIL III: DIE KAMPFREGELN IM EINZELNEN

5. Rechtliche Gleichbehandlung von gewerkschaftlich organisiertem Streik und „wildem" Streik? – Ein Vergleich der Anforderungen der ESCH mit der schweizerischen Rechtssituation 154

5.1. Stellungnahme der schweizerischen Lehre zur Zulässigkeit des „wilden Streiks" 154

5.2. Ist der nichtgewerkschaftlich organisierte Streik durch die ESCH garantiert? – Eine umstrittene Problematik 157

5.2.1. Die positive Haltung des Expertenausschusses 157

5.2.2. Unterschiedliche Aufnahme der Aussagen des Expertenausschusses in den anderen Kontrollorganen der ESCH 157

5.2.3. Uneinheitlicher und konträrer Meinungsstand in der neueren deutschen und schweizerischen Literatur 161

5.3. Kritische Anmerkungen zur Gleichstellung von gewerkschaftlichem und wildem Streik in der Interpretation des Expertenausschusses 163

5.3.1. Streikrecht und Friedenspflicht 163

5.3.2. Die Unterscheidung nach dem Kampfziel 166

5.3.3. Unterschiedliche Ausgestaltungsbefugnis von wildem und gewerkschaftlich geführtem Streik nach Art. 31 ESCH? 172

5.3.4. Uneinheitliche Rechtslage des wilden Streiks in den verschiedenen Signatarstaaten der ESCH 176

5.4. Vor- und Nachteile eines „Aussenseiterstreikrechtes" – Stellungnahme zum Arbeitskampfmodell von Seiter 179
5.4.1. Gründe für ein „individuelles Streikrecht mit kollektiver Bindung" 179
5.4.2. Gegenteilige Auffassungen: Insbesondere ablehnende Stellungnahme zur Aussperrung von Aussenseitern 181
5.4.3. Eigene Stellungnahme 183
5.5. Schlussfolgerungen 188
5.5.1. Alternativen zum wilden Streik 188
5.5.2. Der ordnungspolitische Kompromiss in der Ausgestaltung der Kampfinstrumente 194

6. Die Gewährleistung des Aussperrungsrechts in der Schweiz und in der ESCH 197
6.1. Der Stellenwert der Aussperrung in der schweizerischen Rechtsordnung 197
6.2. Die Anerkennung der Aussperrung durch die ESCH 200
6.2.1. Die grundsätzliche Gewährleistung der Aussperrung durch Art. 6 Abs. 4 ESCH 200
6.2.2. Aussperrungsrecht und Einzelarbeitsvertrag 202
6.2.3. Zulässige rechtliche Schlechterstellung der Aussperrung gegenüber dem Streik 204
6.3. Spricht die Auslegung des Abkommens 87 der ILO ebenfalls für die Anerkennung der Aussperrung? 205
6.4. Aussperrung und Paritätsprinzip im deutschen Recht 205
6.4.1. Das in der deutschen Literatur herrschende materielle Verständnis der Kampfparität 205
6.4.2. Die verfahrensmässige „Richtigkeitsgewähr" als Rechtfertigung materieller Kampfparität 207
6.4.3. Die vom BVerfG formulierten Anforderungen an rechtliche Eingriffe in Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit 208

6.4.4. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Aussperrungsverbotes zum Schutze besonders wichtiger Rechtsgüter 213
6.5. Anerkennung der Aussperrung in verschiedenen anderen Signatarstaaten der ESCH 222
6.5.1. Schweden/Dänemark/Norwegen 222
6.5.2. Grossbritannien und Irland 223
6.5.3. Die Beneluxländer 223
6.5.4. Frankreich und Italien 225

7. Die Aussagekraft des Verhältnismässigkeitsprinzip als Schranke der Ausübung von Streik- und Ausperrungsrecht 228

7.1. Die Inhaltliche Umschreibung dieses Prinzips in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung 228
7.1.1. Die Entwicklung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in der Leitentscheidung des BAG vom 21.4.1971 228
7.1.2. Ansätze zur Anerkennung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre 230
7.1.3. Zulässigkeit des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als Kampfgrenze nach der ESCH 232
7.2. Die Funktion des öffentlichrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Ausgestaltung der Kampfinstrumente 233
7.2.1. Vorbemerkung 233
7.2.2. Zur dogmatischen Rechtfertigung des öffentlichrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips im Hinblick auf die organisationsrechtlichen Massnahmen des Gesetzgebers 234
7.2.3. Gebot der Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bei der gesetzlichen Begrenzung der Kampfbetätigung 238

7.3. Die Tragweite eines privatrechtlichen Übermassverbotes 239
7.3.1. Kann privates Handeln direkt am Verhältnismässigkeitsgrundsatz ausgerichtet werden? 239
7.3.2. Illustrierung des privatrechtlichen Übermassverbotes an Beispielen aus dem allgemeinen Zivil- und Gesellschaftsrecht 242
7.3.3. Folgerung 246
7.4. Kampfgrenzen zum Schutz unbeteiligter Dritter und der Allgemeinheit 248
7.4.1. Grundsätzliche Berechtigung der „Gemeinwohlbindung" 248
7.4.2. Der Streik in „Versorgungsbetrieben" – Beispiel verfassungsrechtlicher Gemeinwohlkonkretisierung 252
7.4.3. „Lohnleitlinien" oder Sozialpartnergespräche? – Konkretisierbarkeit des Gemeinwohls auf wirtschafspolitischem Gebiet 257
7.5. Verfahrensrechtliche Kampfgrenzen zum Schutze des Kampfgegners 261
7.5.1. Das Verbot nicht erforderlicher Kampfmassnahmen (Ultima-ratio Prinzip) 261
7.5.2. Das sog. „Kollektivklagerecht" und das Ultima-ratio Prinzip 267
7.5.3. Die mögliche Einführung einer „cooling-off-period" zum Schutze des Kampfgegners 267
7.5.4. „Innergewerkschaftliche Willensbildung" als zulässige Voraussetzung eines rechtmässigen gewerkschaftlichen Streiks? 268
7.5.5. Schlussfolgerung: „Legitimation durch Verfahren" 270
7.6. Pflicht zum Einsatz des schonendsten Kampfmittels? – Freie Wahl der Kampftaktik und ihre Grenzen 271
7.6.1. Die Pflicht zum Einsatz des schonendsten Kampfmittels als Konkretisierung des Erforderlichkeitsprinzips? 271

7.6.2. Das Verbot der Unverhältnismässigkeit als Korrektiv der Erforderlichkeit 274
7.6.3. Das Verbot unlauterer Kampfmittel als generelle Grenze der Kampftaktik 278

8. Das Beamtenstreikverbot und das öffentlichrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip 279
8.1. Die Auffassung des Expertenausschusses der ESCH 279
8.2. Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Expertenausschusses 281
8.2.1. Meinungsdivergenzen in den Kontrollorganen der ESCH 281
8.2.2. Fragwürdige Herleitung des Beamtenstreikrechts aus einer rechtsvergleichenden Übersicht 282
8.2.3. Weiterer Vorbehalt gegenüber einer extensiven Interpretation von Art. 6 Abs. 4 ESCH 286
8.3. Die Ablehnung eines Beamtenstreikrechts durch die deutsche Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstes 290
8.4. Staatliche Verfahrensregelungen als Alternative zum Streikrecht der Beamten 296

TEIL IV: ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK 301

9. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse 301

10. Ausblick: Die Regelung des Arbeitskampfes im Spannungsfeld von Recht und Politik 308
10.1. Kann die ESCH ratifiziert werden? – Politische Überlegungen zur Ratifikationsproblematik 308
10.2. Ausdrückliche Aufnahme eines Rechts auf Arbeitskampf in eine zukünftige schweizerische Verfassung? 315
10.2.1. Unsicherheiten in den gegenwärtigen Bestrebungen zur Totalrevision der BV 315

10.2.2. Die Zurückhaltung des Verfassungsgebers und der Verfassungsrechtsprechnung in Deutschland bei der Anerkennung eines Streikrechts 317
10.2.3. Das Spannungsverhältnis zwischen einer auf Dauerhaftigkeit und Grundsätzlichkeit ausgerichteten Verfassung und der Dynamik sozialer Ansprüche 321
10.2.4. Schlussfolgerungen 328
10.3. Der politische Charakter des Arbeitskampfrechts als Hindernis für die unterverfassungsrechtliche Realisierbarkeit? 330
10.4. Balance zwischen Freiheitsverwirklichung und Machtbandigung Chancen und Unvollkommenheiten organisationsrechtlicher Verfassung von Arbeitskampf und Arbeitsfrieden 335
10.4.1. Mittel zur Begrenzung „sozialer Selbstverwaltung" 335
10.4.2. Koalitionsinterne und -externe Organisationsprobleme 338
10.4.3. Mitwirkung der Arbeitnehmer als Weg von der „konfrontativen zur partizipativen Kooperation" 340

LITERATURVERZEICHNIS

AARON/WEDDERBURN: Industrial conflict London 1972

ARBEITSGRUPPE für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Schlussbericht Bd. VI, Bern 1973, zit. „Schlussbericht"

ARBEITSKAMPF: Aktuelle Dokumente (zusammengestellt von K. Hernekamp), Berlin 1974

ARBEITSKONFLIKTE und ARBEITSKAMPF, Auswirkungen und Berechtigung von Arbeitskonflikten (Gesellschaft-Kirche-Wirtschaft, Hrsg. von der Internationalen Stiftung Humanum, Bd. 6), Köln 1973, zit. „Arbeitskonflikte"

AUBERT, J.F.: Traite de Droit Constitutionel Suisse, 2 Bde, Paris/Neuchatel 1967

BADURA, P.: Grundfreiheiten der Arbeit. Zur Frage einer Kodifikation sozialer Grundrechte, in FS für F. Berber zum 75. Geburtstag, München 1973, 11 ff., zit. „Grundfreiheiten"
- Arbeitsgesetzbuch, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie; RdA 1974, 129 ff., zit. „Arbeitsgesetzbuch"
- Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der BRD, in „der Staat", 1975, 17 ff.

BALLERSTEDT, K.: Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts, RdA 1976, 12 ff.

BENDA, E.: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966

BENZ, CH.E.: Die Kodifikation der Sozialrechte. Die Positivierung von sozialen Grundrechten im Verfassungsrang. Zürich 1973, zit. „Kodifikation"

BERICHT der Expertenkommission für Fragen der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vom 18.5.1955, Bern 1955, zit. „Bericht der Expertenkommission"
- der deutschen Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstes, Baden-Baden 1973
- über die Entwicklung der sozialen Lage in den Gemeinschaften im Jahre 1975, Brüssel/Luxemburg April 1976
- der Expertenkommision für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977

BIEDENKOPF, K.H.: Grenzen der Tarifautonomie, Karlruhe 1964
- Auswirkungen der Unternehmensverfassung auf die Grenzen der Tarifautonomie, in „das Unternehmen in der Rechtsordnung", FG f. H. Kronstein, Karlsruhe 1967, zit. „Auswirkung"
- Das Verhältnis von Staat und gesellschaftlichen Gruppen, in „Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht", FS f. K. Ballerstedt, Berlin 1975

BLECKMANN, A.: Interprétation et application en droit interne de la Charte Sociale Européenne notamment du droit du grève, Cahiers du droit Européen 1967, 388 ff., zit. „Interprétation"
- Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1970, zit. „Begriff"

BÖNI, U.: Der Begriff des Arbeitskampfes und dessen Folgen für das Arbeitsverhältnis, Basel 1970, zit. „Begriff"

BOIS, PH.: La charte sociale européenne – son influence sur le droit suisse, Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 1977, 9 ff.

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partei revision der Wirtschaftsartikel vom 10.9.1937 (BB1, 1937, II, 833 ff.) und die Ergänzungsbotschaft vom 3.8.1945 (BB1, 1945, 905 ff., 916 ff.)
- des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag vom 22.8.1973 (BB1. 1973 II, 237 ff.) zit. „Botschaft über die Mitbestimmung"
- des Bundesrates an die Bundesversammlung über zwei Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO v. 8.5. 1974, BB1. 1974 I, 1647 ff.)
- des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Europäische Sozialcharta (Entwurf in der Form eines Berichts des Politischen Departements an den Bundesrat vom November 1976, vor der Einleitung des Vernehmlassungsverfahrens) zit. „Entwurf einer Botschaft betreffend die ESCH"

BRIEFS, G.: Gewerkschaftsprobleme in unserer Zeit, Frankfurt 1968, zit. „Gewerkschaftsprobleme"

BROX, H./RÜTHERS, B.: Arbeitskampfrecht. Ein Handbuch für die Praxis, Stuttgart 1965

BRÜGEL, J.W.: Die Europäische Sozialcharta, Gewerkschaftliche Rundschau, Bern, 1970, 81 ff.

BRUNNER, G.: Die Problematik sozialer Grundrechte, „Recht und Staat", Heft 404/405, Tübingen 1971, zit. „Problematik"

BUCHNER, G.: Grundgesetz und Arbeitsverfassung, FS zum 25-jährigen Bestehen des Grundgesetzes, Köln 1974, 5 ff.

BURCKHARDT, K.: Streikrecht und internationale Verpflichtungen, Diss. Köln 1966, zit. „Streikrecht"

CONSEIL DE L'EUROPE: CONCLUSIONS du Comité d'experts indépendants de la Charte sociale Européenne
- conclusions I, Strasbourg 1969/70 (Prüfungsphase 1966/67)
- conclusions II, Strasbourg 1971 (Prüfungsphase 1968/69)
- conclusions III, Strasbourg 1973 (Prüfungsphase 1970/71)
- conclusions IV, Strasbourg 1976 (Prüfungsphase 1972/73)

COTTIER, M.: Die Arbeitsrechtliche Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta, Diss. Fribourg 1967, zit. „die arbeitsrechtliche Bestimmungen"

DÄUBLER, W.: Der Streik im öffentlichen Dienst, Tübingen 1971, zit. „Streik"
– Die unverhältnismässige Aussperrung, JuS 1972, 642 ff.

DAUM, W.: Soziale Grundrechte, RdA 1968, 81 ff

DELARBRE, H.: Le rôle du Comité-Gouvernemental de la Charte Sociale Européenne, in „La Charte Sociale Européenne – Dix années d'application", Colloque Bruxelles du 14/15 oct. 1976, Bruxelles 1978, 49 ff., zit. „le rôle, colloque"

DELBRÜCK, J.: Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung? aus „im Dienst an Recht und Staat", FS f.W. Weber, Berlin 1974, 223 ff.

DUDLE, O.: 50 Jahre Christlich-Nationaler Gewerkschaftsbund, Winterthur, 1957, 95 ff.

DURAND/HORION: Streik und Aussperrung. Sammlung des Arbeitsrechts der Gemeinschaft, Bd. V, Luxembourg 1961

DUVERNELL, H. (Hrsg.): Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Problem der modernen Demokratie, Berlin 1968

ESSER, J.: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung Frankfurt 1972

EXPERTENKOMMISSION für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung: Arbeitspapiere I, Bern 1974

FABRICIUS, F.: Arbeitsverhältnis, Tarifautonomie, Betriebsverfassung und Mitbestimmung im Spannungsfeld von Recht und Politik, in FS. f. E. Fechner Tübingen 1973, 171 ff.

FEINDT, E.: Streikrecht für einen künftigen öffentlichen Dienst, ZBR 1974, 309 ff.

FLORETTA, H.: Arbeitsrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Salzburg 1967

FLÜHMANN, A.W.: Die Auswirkung von Arbeitskämpfen im Arbeitsvertragsrecht, Bern 1976, zit. „Auswirkung"

FÖRCH, H.: Der rechtswidrige Streik, Basel 1960

FROWEIN, J.: Zur völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung, „Recht und Staat", Heft 455/56, Tübingen 1976, zit. „Gewährleistung der Aussperrung"

GALLATI, R.: Der Arbeitsfriede in der Schweiz, Bern 1976, zit. „Arbeitsfriede".

GESCHÄFTSBERICHT des SMUV von 1973, 1974 und 1975

GITTER, W.: Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht, ZfA 1971, 127 ff., zit. „Probleme"

GIUGNI, G.: Streik und Aussperrung in Italien, Protokoll der IG–Metall, Frankfurt 1974, 265 ff. (vgl. „Streik und Aussperrung")

GRISEL, E.: Les droits sociaux, ZSR Bd. 92, 1973, 17 ff.

GRUNER, E.: Die Arbeiter in der Schweiz im 19. Jahrhundert, Bern 1968, zit. „Arbeiter"
– Die Wirtschaftsverbände in der Demokratie, Erlenbach/ZH 1956
Koalitionsrecht und gewerkschaftliches Wachstum im schweizerischen Hochkapitalismus, Genf 1963, zit. „Koalitionsrecht"

GUHL, TH.: Das schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Merz/Kummer, 6.A. Zürich 1972

GYGI, F.: Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970, 268 ff., zit. „Wirtschaftsverfassung" (Die zweite Auflage konnte nicht mehr berücksichtigt werden)

GYGI, F./SCHLUEP, W.R.: Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts (Hrsg. G. Rinck), Frankfurt 1971, 87 ff.

GYSIN, A.: Arbeitskämpfe in SJK N 888
– Berufsverbände in SJK Karte 889 (1968)
– Strukturwandlungen im sozialen Recht der Schweiz, in: FS f. H.C. Nipperdey, Bd. II, Tübingen 1965, 92 ff.

HACKSTEIN, G.: Streikrecht und Aussperrungsfreiheit nach der Regelung des Art. 6 Abs. 4 der ESCH, Diss. Köln 1973, zit. „Streikrecht"

HÄBERLE, P.: Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972

HÄFELIN, U.: Verfassungsgebung, ZSR Bd. 93, 1974, 75 ff.

HARDMEIER, B.: Die Gewerkschaften zwischen Konfrontation und Kooperation, in: FS H.P. Tschudi, Bern 1973, 113 ff., zit. „Gewerkschaften"

HARRIS, J.: The European Social Charter, in: The international and comparative law quarterly, Vol 13 (1964), 1076 ff.

HAUSHEER, H.: Die AVE von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR Bd. 95, 1976, 227 ff., zit. „Die AVE von Kollektivverträgen"

HEITHER, F.: Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, Stuttgart 1964

HERNEKAMP, K.: Arbeitskampf, Aktuelle Dokumente, Berlin 1974

HESSE, K.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1968, zit. „Grundzüge"

HOEFNAGELS, H.: Streik und Aussperrung in den Niederlanden, Protokoll der IG-Metall, Frankfurt 1974, 251 ff. (vgl. „Streik und Aussperrung")

HUBER, H.: Die Koalitionsfreiheit, ZbJV 1947, 17 ff.
– Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, Wirtschaft und Recht, 1958, Bd. 10, 1 ff.
Über die Konkretisierung von Grundrechten, in: FS f. M. Imboden, Basel 1972, 191 ff.

– Rechtsgutachten über verfassungsrechtliche Fragen der Mitbestimmung vom Januar 1975, zit. „Gutachten"
– Rückblick auf die neuen Wirtschatsartikel der Bundesverfassung, in „Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen", FS f. H. Sieber, Bern 1976, 71 f.

HUBER, H./TUCHTFELDT, E.: Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung? Staat und Politik, Heft 11, Bern 1970

HUG, W.: Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie in der Schweiz, in: „Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie", Berlin 1968, 188 ff. (vgl. Duvernell ..), zit. „Koalitionsfreiheit"

ISELE, H.G.: Die Europäische Sozialcharta, Wiesbaden 1967
– Zum Problem des Streiks in Versorgungsbetrieben, in: FS f. Schnorr von Carolsfeld, Köln 1972, 219 ff.

ISENSEE, J.: Beamtenstreik, Bonn-Bad Godesberg 1971

IPSEN, J.: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975

JAKOBI, R.: Die Stellung der Gewerkschaften im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Basel 1964

JOACHIM, H.: Ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens „Arbeitskampf", AuR 1973, 289 ff. = Protokoll der IG-Metall, Frankfurt 1974, 27 ff., zit. „Verhältnismässigkeit"

KÄGI, W.: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Neuauflage Darmstadt 1971

KÄGI, A.: Koalitionsfreiheit und Streikfreiheit, Zürich 1969

KAHN-FREUND, O.: Le droit de grêve, Strassbourg 1974
– Labour relations and international standards - Some reflections on the European Social Charter, in: „Miscellanea W.J. Ganshof van der Mersch, Brüssel Bd. 1, 1972, 131 ff., zit. „some reflections"

KAISER, J.H.: Die Parität der Sozialpartner, Freiburger Rechtsstaatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 1, Karlsruhe 1973, zit. „Parität"

KOLLER, A.: Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Bern 1971, zit. „Die unmittelbare Anwendbarkeit"

KRAFT, A.: Arbeitsvertrag und kollektive Kampfmassnahmen, RdA 1968, 286 ff.

LA LIBERTE SYNDICALE: Recueil de décisions du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Bureau international du Travail, Genève 1972, zit. „BIT, Receuil"

LEISNER, W.: Grundrechte und Privatrecht, München 1960
– Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat (Beiträge zum Dienstrecht und zur Dienstrechtsreform), Berlin 1975, (Hrsg.)

LEISTNER, G.: Der Streik im öffentlichen Dienst Frankreichs, Köln 1975

LERCHE, P.: Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Berlin/Zürich 1968, zit. „Zentralfragen"
– Übermass und Verfassung, Köln 1961

LOBSIGER, E.: Die rechtliche, wirtschaftliche und soziale Stellung der Beamten und deren Sicherung, ZB1 74, 1973, 305 ff., zit. „Stellung"

LÖWISCH, M.: Das Übermassverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 1971, 319 ff., zit. „Übermassverbot"
– Der wilde Streik im Recht der BRD, RdA 1970, 324 ff.

LOHSE, V.H.: Streik und Staatsnotstand unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz, Berlin 1969

LYON-CAEN, G.: Streik und Aussperrung in Frankreich, in: Protokoll der IG-Metall, Frankfurt 1974, 333 ff. (vgl. Streik aud Aussperrung s.u.)

MARMIER, P.A.: Le droit de négociation collective, Diss. Lausanne 1975, zit. „droit de nẽgoci ation"

MAUNZ, Th.: Kommentierung zu Art. 9 GG, Rdn 90 ff. in Maunz-Dürig-Herzog: Grundgesetz, Kommentar, München 1970/1976

MAYER-MALY, TH.: Sozialpartnerparität als Verfassungsgebot, in: Gedächtnisschrift f. H. Peters, Berlin 1967, 938 ff.

MEIER-HAYOZ, A./ZWEIFEL, M.: Der Grundsatz der schonenden Rechtsübung im Gesellschaftsrecht, in: FS f. H. Westermann, Karlsruhe 1974, zit. „schonende Rechtsausübung", 383 ff.

MERZ, H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, 1. Abteilung: Einleitung (Art. 1 - 10 ZGB): Kommentierung zu Art. 2 ZGB, Bern 1966

MITSCHERLICH, M.: Das Arbeitskampfrecht der BRD und die Europäische Sozialcharta, Diss. Frankfurt/M. 1975, Baden-Baden 1977, zit. „Arbeitskampfrecht"

MONJEAU, M.W.: Das Arbeitskampfrecht in den Ländern der EWG, Diss. Fribourg/München 1967

MORELL, R.: Die Ausführungsgesetzgebung zu den Sozialartikeln, in Wirtschaft und Recht, 1958, 57

MÜLLER, G.: Das Arbeitskampfrecht im Beschluss des Grossen Senats des BAG, RdA 1971, 321 ff., zit. „Arbeitskampfrecht"
– Streik und Aussperrung in der Rechtssprechung des deutschen BAG in (vgl.) „Arbeitskonflikte", 63 ff.

MÜLLER, J.P.: Die Grundrechte der Verfassung der der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, zit. „Grundrechte"
- Soziale Grundrechte in der Verfassung? ZSR Bd. 92, 1973, 697 ff. (II. Hb), zit. „soziale Grundrechte"
- Die Schweiz und die Europäische Sozialcharta, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bd. 2 (Hrsg. Riklin/Haug/Binswanger, 389 ff., Bern 1975
- Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bd. 2, Bern 1975, 223 ff.
- Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR Bd. 94, I, 1975, 373 ff., zit. „Anwendung"

MÜNCH, v. I.: Grundgesetz, Kommentar (Art. 1-20 GG), Kommentierung zu Art. 9 GG, 319 ff., Frankfurt 1974

NIPPERDEY, H.C./SÄCKER, F.J.: Arbeitsrecht, Bd. II, 2 Hbd. Frankfurt/Berlin 1970

OSER/SCHÖNENBERGER: Das Obligationenrecht (Art. 1-183), Zürich 1929

OTTE, J.: Das subjektiv-private Arbeitskampfrecht als Grundlage einer Neuorientierung im Recht des Streiks und der Aussperrung, Diss. Hamburg 1970

RAISER, TH.: Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, Berlin 1975
- Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 274, Berlin 1975

RAMM, TH.: Die Anerkennung des Streikrechts, AuR 1967, 97 ff.
- Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, Köln 1970
- Der nichtgewerkschaftliche Streik, AuR 1971, 65 ff. und 97 ff.
- Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes. Beitrag zu einer Verfassungslehre, Stuttgart 1965
- Die Arbeitsverfassung der BRD, JZ 1977, 1 ff.

RAPPORT du Comitē Gouvernemental de la Charte Sociale Europēenne
- Premier Rapport v. 4.12.1970, Strasbourg 3.6.1971 zit. „CG/CH.Soc. (70) 24"
- Deuxième Rapport v 8.9.1972, Strasbourg 9.10.1972 zit. „CG/CH. Soc. (72) 40"
- Troisième Rapport v. 8.11.1974, Strasbourg 14.11.1974 zit „CG/CH, Soc. (74) 14"
- Quatrième Rapport v. 13.8.1976, Strasbourg zit. „CG/CH. Soc. (76) 6"

REHBINDER, M.: Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 1972, zit. „schweizerisches Arbeitsrecht" (Die Neuaflage 1977 wird im Text gesondert erwähnt)

RENTSCH, R.: Über den Geltungsbereich des GAV, Zürich 1974, zit. „Geltungsbereich"

REUSS, W.: Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 1971, 353 ff.
– Die Unzulässigkeit gerichtlicher Tarifzensur, RdA 1975, 289 ff., zit. „Unzulässigkeit"
– Streikrecht und Aussperrungsrecht, AuR 1976, 97 ff. (Besprechung des gleichnamigen Buches von Seiter)
– Die Bedeutung des Gemeinwohls für die Tarifhoheit, RdA 1970, 319 ff.

REUTER, BR.: Streik als Konflikt zweier Persönlichkeitsrechte, Diss. Zürich 1975, zit. „Konflikt"

REUTER, D.: Nochmals: Die unverhältnismässige Aussperrung, JuS 1973, 284 ff.
– Die Arbeitskampffreiheit in der Verfassungs- und Rechtsordnung der BRD, in „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung", FS F. Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, zit. „Arbeitskampffreiheit"
– Streik und Aussperrung, RdA 1975, 275 ff.

RICHARDI, R.: Der Beschluss des Grossen Senats des BAG vom 21.4.1971, RdA 1971, 334 ff., zit. „Beschluss"

RÜTHERS, B.: Streik und Verfassung, Köln 1960
– Arbeitgeber und Gewerkschaften – Gleichgewicht oder Dominanz, DB 1973, 1649 ff., zit. „Gleichgewicht"
– Rechtsprobleme des „tarifbezogenen" wilden Streiks = DB 1970, 2120 ff. und des „betriebsbezogenen" wilden Streiks = JZ 1970, 625 ff.
– Arbeitsrecht und politisches System, Frankfurt 1973
Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung, Konstanz 1973, zit. „Tarifautonomie"

RUPP, H.H.: Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1974
– Vom Wandel der Grundrechte, AöR 1976, H. 2, 161 ff.

SÄCKER, F.J.: Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969
– Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampfentscheidungen des BAG v. 21.4. und 6.10.1971, GMH 1972, 287 ff.

SALADIN, P.: Grundrechte im Wandel, Bern 1972

SCHAMBECK, H.: Grundrechte und Sozialordnung, Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Berlin 1969, zit. „Grundrechte"

SCHEUNER, U.: Die Rolle der Sozialpartner in Staat und Gesellschaft (Walberger Gespräche), Stuttgart 1973, zit. „die Rolle"
– Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskampfrechts im Beschluss des Grossen Senats v. 21.4.1971, RdA 1971, 327 ff., zit. „verfassungsrechtliche Gesichtspunkte"

SCHLUEP, W.R.: Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit, in „Arbeitskonflikte" (vgl. s.o. S. XVII.) Köln 1973, 107 ff. und Separatdruck Bern 1973, zit. „Überbordungsgefahren"

– Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in FS für F. Böhm, Tübingen 1975, 572 ff., zit. „allgemeines Wirtschaftsrecht"
– Mitbestimmung? In lebendiges Aktienrecht, Festgabe F.W. Bürgi, Zürich 1971 und Separatdruck ZH 1971

SCHNEIDER, D.: Zur Theorie und Praxis des Streiks, Frankfurt 1971

SCHOLZ, R.: Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971
– Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, Berlin 1974

SCHÜRMANN, L.: Sozialordnung und Staatsverfassung, in „Wirtschaft und Recht, 1955, 3 ff.
– Staatsinterventionismus und einvernehmliche Regelung, Schweizer Rundschau, 1974, 46 ff.
– Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der BV, ZBl 49, 1948, 33 ff.

SCHWEINGRUBER, E.: Rechtliche und arbeitsrechtliche Aspekte des Streiks, Gewerkschaftliche Rundschau, 1972, 260 ff., zit. „rechtliche Aspekte"
– Die Sozialgesetzgebung der Schweiz, Bern 1955 (die 2. Auflage 1978 ist nicht mehr berücksichtigt)
– Kommentar zum GAV mit Einschluss der AVE, 2. Auflage, Bern 1972

SEITER, H.: Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975, zit. „Streikrecht"
– Kodifizierung des Arbeitskampfrechts? NJW 1976, 1369 ff.

SÖLLNER, A.: Arbeitsrecht, 4. Auflage, Stuttgart 1974

SOVILLA, K.; Die Europäische Sozialcharta – Zur Frage der Ratifizierung durch die Schweiz, Wirtschaftspolitische Mitteilungen, Zürich 1977, H 9

SPROEDT, B.: Koalitionsfreiheit und Streikrecht in den universellen und europäischen Kollektivabkommen, Diss. Heidelberg 1972, zit. „Koalitionsfreiheit"

STAHN, J.: Soziale Konflikte und ihre Regelung dargestellt am Beispiel kollektiver Arbeitsstreitigkeiten, Diss. Fribourg, München 1969, zit. „soziale Konflikte"

STARCK, CH.: Freiheit und Organisation, „Recht und Staat", H. 460, Tübingen 1976
– Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen? in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, 480 ff., Tübingen 1976

STAUFFACHER, W.: Mitbestimmung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1974, zit. „Mitbestimmung"
– Gefährdet Mitbestimmung den Arbeitsfrieden? Zürich 1975

STEIN, P.: Die Beurteilung der Streikenden nach schweizerischem StGB, Diss. Basel 1945

STRASSER, R./REISCHAUER, R.: Der Arbeitskampf, eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie, Wien 1972

STREIK UND AUSSPERRUNG: Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13.-15. September 1973 in München, M. Kittner (Hrsg.), Frankfurt 1974, zit. „Protokoll"

STREIK UND AUSSPERRUNG: Referat des aargauischen Arbeitgeberverbandes anlässlich einer Tagung auf dem Rügel, Aarau, Mai 1972, zit. „Referat"

STREIK UND STREIKABWEHR unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses Radio-Schweiz AG/Flugverkehrsleiter, Studie des eidgenössischen Personalamtes, Bern 1974

TOMANDL, TH.: Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien 1965, zit. „Streik und Aussperrung"
– Grundprobleme des Arbeitskampfes in rechtsvergleichender Sicht, ZfA 1974, 187 ff.; zit. „Grundprobleme"

TROCLET, L.E.: Dynamisme et contrôle de l'application de la Charte, Colloque, Bruxelles 1978, 35 ff. („La Charte Sociale Européenne – dix années d'application"), zit. „dynamisme"

TSCHUDI, H.P.: Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, ZSR 1948, 67, 355 ff.
– Die Sicherung des Arbeitsfriedens durch das schweizerische Recht, Festgabe f. Ruck, Basel 1952, 105 ff., zit. „Sicherung"
– Die Kodifikation des Arbeitsrechts, Versuch einer Bilanz, Generalversammlung und Herbstkonferenz der interkantonalen Vereinigung für Arbeitsrecht, Sion 1976, 38 ff.

VALTICOS, N.: Droit international du travail, Paris 1970
– Die internationale Arbeitsorganisation und ihr Beitrag zur Rechtsstaatlichkeit und zum internationalen Schutz der Menschenrechte, in: Journal der Internationalen Juristenkommission, Dezember 1968, Bd. IX, Nr, 2, 3 ff., zit. „IAO und Rechtsstaatlichkeit"
– Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale, in: Recueil des cours de l'académie de droit internationale de La Haye, 144 (1975), I, 77 ff., zit. „méthodes"
– Mise en parallèle des actions et des mécanismes de contrôle au niveau du Conseil de l'Europe et de l'Organisation Internationale du Travail, Colloque, Bruxelles 1978, 83 ff., La Charte Sociale Européenne, zit. „mise en parallèle"

VESTUTUI, G.: Lo sciopero in Svizzera e in Italia, Fribourg 1972

WENGLER, W.: Die Unanwendbarkeit der ESCH im Staat, Bad Homburg 1969, zit. „Unanwendbarkeit"

WIEBRINGHAUS, H.: La Charte Sociale Européenne: Annuaire Français de droit international, IX, (1963), 709 ff., zit. „Charte sociale"
– Die Europäische Sozialcharta, Strasbourg 1975, zit. „Europäische Sozialcharta"

WIESE, W.: Die europäische Sozialcharta, in: Jahrbuch für internationales Recht, 16, 1973, 328 ff.

WILDHABER, L.: Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift f. M. Imboden, Basel 1972, 371 ff.
– Rezension v. Th. Ramm: Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, ZbJV Bd. 108, 1972, 469 f.

WORMSER, D.: Der sog. „Streikartikel" im BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten von 1927 - Bedeutung und Werdegang, Diss. Bern, Grenchen 1975, zit. „Streikartikel"

ZACHER, H.F,: Aktuelle Probleme der Repräsentationsstruktur der Gesellschaft, in: FS f. F. Berber, München 1973, 549 ff., zit. „Aktuelle Probleme"
– Gewerkschaften in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: FS f. F. Böhm, Tübingen 1975, 707 ff., zit, „Gewerkschaften"
– Internationales und europäisches Sozialrecht, 1976, (Hrsg.)

ZANETTI, B.: Gewerkschaftsfreiheit und obligatorische Beiträge der Nichtorganisierten in der Schweiz, RdA 1973, 77ff., zit. „Gewerkschaftsfreiheit"
– Les droits de l'homme et les questions sociales, in „Civitas", Febr.1976, Jg. 31, 1975/76, 337 ff.
– Conclusions IV, 135 ff. (s.o. Conclusions)
– Droit à une rémuneration équitable (Art. 4), Droit Syndical (Art.5), Droit de négociation collective (Art. 6), Colloque, Bruxelles 1978, 83 ff (La charte sociale européen – dix années d'application), zit. „Colloque"
– Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, Schweizer Rundschau, 5, 1976, Separatdruck, zit. „Vorschlag"
– Das Abkommen über den Arbeitsfrieden von 1937 in der Schweizerischen Metall- und Maschinenindustrie, in „Arbeitskonflikte", 93 ff., zit. „Abkommen"

ZEITLER, A.F.: Streikrecht und Grundgesetz, Diss, Mannheim 1975

ZELLWEGER, E.: Die Sozial- und Wirtschaftsrechte in einer neuen Bundesverfassung, ZB1 1970, 321 ff.

ZIEMER, R.: Systematische Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsprechung des BAG, Diss. Regensburg 1975

ZÖLLNER, W.: Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974, zit. „Aussperrung"
– Die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfformen, in FS. f. F. Bötticher, Berlin 1969, 427 ff., zit. „Zulässigkeit"
– Die Rechtsprechung des BVerfGs zu Art. 9 Abs. 3 GG, AöR Bd. 98, 1973, 72 ff.
– Arbeitsrecht und Politik, DB 1970, 54 ff.

ZONDERLAND, P.: Die Versuche zu einer gesetzlichen Regelung des Streikrechts in den Niederlanden, RdA 1973, 309 ff.

ZULEEG, M.: Der internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, RdA 1974, 321 ff.

ZWEIFEL, E.: Der wilde Streik, Bern 1977 (diese Arbeit konnte nur noch am Rande berücksichtigt werden)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ACP	Archiv für civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG(E)	Bundesarbeitsgericht(s-entscheid)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheid
betr.	betreffend
BetrVerfG	Deutsches Betriebsverfassungsgesetz von 1972
BIT	Bureau International du Travail
BlfZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BR	Bundesrat
BSGE	Bundessozialgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid
CG	Comite Gouvernemental de la Charte Sociale Europeenne
CNG	Christlichnationaler Gewerkschaftsbund der Schweiz
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Der Bund	Tageszeitung Der Bund, Bern
ders.	derselbe
Die Zeit	Wochenzeitung Die Zeit, Hamburg

Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EEG	Eidgenössiches Einigungsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESCH	Europäische Sozialcharta
etc.	etcetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHfMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	und folgende
FG	Festgabe
Fn	Fussnote
FS	Festschrift
GAV	Gesammtarbeitsvertrag
GBH	Gewerkschaft Bau und Holz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK	Gewerkschaftskorrespondenz
GewMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
GR	Gewerkschaftliche Rundschau
H.	Heft
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	herausgegeben
IAO (ILO)	Internationale Arbeitsorganisation (zit. auch ILO = International Labour Organization)
IG	Industriegewerkschaft
IRA	Industrial Relations Act. v. 1971 (England)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbfIR	Jahrbuch für internationales Recht
Jg.	Jahrgang
JIR	Jahrbuch für internationales Recht
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kartellgesetz

KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KUVG	BG über die Kranken- und Unfallversicherung
m.E.	meines Erachtens
N	Nummer
NHG	Neue Helvetische Gesellschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLRA	National Labor Relations Act (USA)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
ÖZöffR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
OR	Obligationenrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn.	Randnummer
RJT	Revue International du Travail (BJT)
S.	Seite
SAZ	Schweizerische Arbeitgeberzeitung
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
sjz	Schweizerische Juristenzeitung
SMUV	Schweizerischer Metall- und Uhrenarbeiterverband
SMUV-Z	Zeitung des SMUV
s.o.	siehe oben
SR	Schweizerische Rundschau
Sten.Bull.	Stenographishces Bulletin der Verhandlungen der Bundesversammlung (bis 1962 incl., dann Amtl. Bulletin genannt)
s.u.	siehe unten
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VDDStrl.	Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
W u R	Wirtschaft und Recht (Zeitschrift)
YB	European Yearbook
ZaöffRVR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht

ZGB	Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

EINLEITUNG

1. Die Aktualität des Themas

Der in der Schweiz weitgehend herrschende Arbeitsfriede hat bisher die dogmatische Beschäftigung mit dem Streikrecht, mit seiner Rechtsnatur und seinem Inhalt in den Hintergrund gedrängt.

Ein Blick auf die Streikstatistik der Nachkriegszeit[1] bestätigt, dass lange Zeit kein grosses praktisches Bedürfnis nach einer rechtlichen Erfassung des Streikphänomens bestand. Die Streiterledigung auf kollektiver Basis hatte weitgehend Erfolg. Der in der Schweiz kollektiv-vertraglich verankerte und durch die absolute Friedenspflicht gesicherte soziale Frieden, verwirklicht durch das 1974 zum 7. Male erneuerte Friedensabkommen der Maschinen- und Metallindustrie, beherrschte die sozialen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern fast gänzlich.

Das soziale Klima kann aber von wirtschaftlichen Schwankungen und politischen Veränderungen mitbetroffen werden. Der auf der Idee der Sozialpartnerschaft und gegenseitigen Verantwortung beruhende Arbeitsfriede erscheint heute lange nicht mehr so gefestigt wie in früheren Jahren.
So kam es neben verschiedenen kleineren Streiks schon 1974 zu einer grösseren Arbeitsniederlegung bei der Bieler Piano-Fabrik Burger & Jacobi.[2] In den Jahren 1975 und 1976 liess sich besonders in der Westschweiz eine wesentliche Verschärfung des sozialen Klimas feststellen. Die in Zeiten der Rezession notwendig gewordenen Betriebsschliessungen, Betriebsverlagerungen und Entlassungen liessen „wilde" Streiks aufflackern. Verschiedentlich kam es zu eigentlichen Betriebsbesetzungen. Hervorgehoben seien die Konflikte in der Uhrenfabrik

1) Vgl. „Die Volkswirtschaft" 1975, 48. Jg., S. 64.

2) Zur Chronologie des Konflikts vgl. „Der Bund" N 153 vom 4. 7. 1974.

Bulova in Neuenburg, in der Druckerei „Courrier" in Genf, in der Matisa SA in Lausanne und besonders der Dubied SA in Neuenburg.[3] Neben den ausgebrochenen Konflikten war auch eine Mehrzahl von „Fastkonflikten" zu verzeichnen, in denen eine Einigung erst nach mehrjähriger Verhandlungsdauer und vertragslosem Zustand erreicht wurde.[4] So dauerte z.B. in dem wesentliche öffentliche Interessen berührenden Bereich der Zivilluftfahrt die Wiederherstellung des Vertragszustandes ganze vier Jahre, wobei die langwierigen Verhandlungen sogar durch einen Bummelstreik (Dienst nach Vorschrift) unterbrochen wurden.[5] Verschiedene Vorstösse von Beamtenverbänden zur Aufhebung des Beamtenstreikverbots haben das Problem des Streikrechts im öffentlichen Dienst vermehrt in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.[6]

Die modernen Gewerkschaften sind in ihrem ordnungspolitischen Selbstverständnis sehr viel selbstbewusster geworden, eine härtere Gangart in sozialen Auseinandersetzungen wird durchaus nicht mehr ausgeschlossen. Anzeichen finden sich nicht nur in den Aussagen führender Gewerkschafter[7] und den immer zähflüssiger werdenden Verhandlungen um die Erneuerung von GAV,[8] sondern auch im Nein der Gewerkschaften zur Preis- und Lohnüberwachung, insbesondere zur staatlichen Einflussnahme durch sogenannte „Lohnleitlinien".[9] Ein kennzeichnendes Resümee der gegenwärtigen sozialen Lage hat

3) NZZ vom 19. 1. 1976 N 14 und „DER BUND" vom 28. 1. 76. (BULOVA-Konflikt); „DER BUND" vom 27. 1. 76 N 16 (COURRIER-Konflikt); NZZ vom 29. 3. 76 N 74 (MATISA–Konflikt); NZZ vom 14. 8. 76 N 189 (DUBIED-Konflikt); vgl. auch die Übersicht in „Die Volkswirtschaft" 1977 S. 61.

4) „Helv. Typographia" vom 26. 2. 75.

5) NZZ vom 18. 9. 75 N 216

6) NZZ vom 1. 4. 74 N 152, *Wormser*, Streikartikel 191ff.

7) AZ „Freier Aargauer" vom 19. 4. 75 und NZZ vom 20. 10. 75 N 243; „Luzerner Neueste Nachrichten vom 13. 11. 75 N 264

8) Zum zähen Ringen um die Erneuerung des Friedensabkommens vgl. NZZ vom 26./27. 9. 73 N 445/48

9) NZZ vom 29. 10. 73 und *Zumstein/Gertsch/Hochreutener*, Probleme der Preis-, Lohn- und Gewinnüberwachung, WuR 1975, 90 ff.

H. Allenspach, Direktor des Zentralverbandes schweizerischer Arbeitgeberorganisationen jüngst in ähnlicher Form gezogen.[10]

All diese Veränderungen geben genügend Anlass, die Rechtsgrundlagen des Arbeitskampfes neu zu überdenken.
Einen weiteren aktuellen Bezugspunkt erhält die vorliegende Arbeit dadurch, dass die Europäische Sozialcharta (ESCH), welche das Streikrecht ausdrücklich als Sozialrecht aufführt, kurz vor der Ratifizierung durch die Schweiz steht.[11]

2. Der Aufbau der Arbeit

Den aktuellen Bezug der Auseinandersetzung mit der Streikproblematik aufzuzeigen, heisst gleichzeitig allfällige Versäumnisse der staatlichen Rechtsordnung beim Versuch, den Arbeitskampf als „Institut des Arbeitsrechts" funktionsgerecht zu ordnen, ins Bewusstsein rükken.

Ein erster Teil der Arbeit befasst sich mit dem historisch bedingten Wandel des Streikverständnisses im liberalen und sozialen Rechtsstaat. An den konkreten Auswirkungen des Arbeitskampfes auf das Arbeitsverhältnis wird deutlich gemacht, dass das Recht diesen Funktionswandel nicht in adäquater Weise mitgemacht hat.

Der zweite Teil stellt vorerst den Rahmen vor, welcher der gewerkschaftlichen Betätigung durch das Funktionssystem der schweizerischen Arbeits- und Wirtschaftsverfassung gezogen ist. Diese bildet zu-

10) NZZ vom 28. 5. 76 N 123: die (im Friedensabkommen) niedergelegten Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, „die auf der Anerkennung als Partner zur Verfolgung einer gemeinschaftlichen Zielsetzung beruhten", seien „heute gestört". Die Koalitionen seien vielmehr rivalisierende Gegner, die ihre Zielsetzungen weniger durch Zusammenarbeit als durch Machtkämpfe realisieren wollten. Der Ursprung dieser erst in der Rezession zutage getretenen Interessendivergenz liege schon in der Hochkonjunktur.

11) Unterzeichnung durch den Bundesrat am 28. 4. 76

gleich auch Massstab und Direktive für die mögliche Ausgestaltung neuer, funktionsfähiger Kampfmittel. Die anschliessende Betrachtung der internationalen Rechtsentwicklung auf dem Gebiet des Koalitions- und Streikrechts dient dazu, die völkerrechtlichen Grundlagen für eine Neuordnung des Streiks- und Aussperrungsrechts in der Schweiz abzuklären.

Im dritten Teil werden die einzelnen in der schweizerischen Arbeitsverfassung vorgefundenen Kampfregeln an der internationalen Konventionsordnung gemessen und Wege aufgezeigt, die auf internationaler Ebene entwickelten Regeln ins schweizerische Recht zu integrieren. In dieser Weise werden die Frage des wilden Streiks, das Aussperrungsrecht, das Verhältnismässigkeitsprinzip als Schranke der Ausübung von Streik – und Aussperrungsrecht sowie das Beamtenstreikrecht untersucht.

Im vierten und letzten Teil schliesslich werden aus den vorangehenden Überlegungen die rechtlichen und politischen Schlussfolgerungen, einmal im Hinblick auf die Ratifizierung der Sozialcharta, zum andern betreffend die verfassungsrechtliche Verankerung eines Streikrechts im Rahmen einer Totalrevision der BV, gezogen.

Der Autor hofft vor allem, dadurch einen Beitrag zur Überbrückung der eingangs festgestellten Divergenz zwischen liberalistischem Streikverständnis und gewandelten sozialen Strukturen zu leisten, dass nach einer funktionsgerechten Interpretation der traditionellen Kampfmittel auf dem Hintergrund neuer sozialstaatlicher Rechtsformen wie z.B. Mitbestimmung, sozialer Kündigungsschutz etc. gesucht wird.

TEIL 1 VON DER STREIKFREIHEIT ZUM STREIKRECHT

Die historische Entwicklung des Streikverständnisses und ihre rechtlichen Folgen

1. Standortbestimmung des Arbeitskampfes in einem gewandelten Verhältnis von Staat und Gesellschaft

1.1. Das klassische Streikverständnis im liberalen Rechtsstaat

Es gehörte zum Vorstellungskreis der liberalen Epoche, dass die wirtschaftlichen Beziehungen Gegenstand freier, individueller Vereinbarungen auf der Ebene personaler Gleichheit seien. Auch zentrale Fragen der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses wurden der Vertragsfreiheit überlassen, ohne dass man der faktischen Ungleichheit der Partner zureichende Beachtung schenkte. „Dem staatlichen Recht war grundsätzlich nur die Sorge für eine gemeinsame Basis gleichen bürgerlichen Rechts übertragen".[12] Die prinzipiell gewährleistete, da staatlicherseits nicht behinderte Streikfreiheit lebte in diesem Zeitraum von der Neutralität (Gleichgültigkeit) des liberalen Staates gegenüber gesellschaftlich-wirtschaftlichen Vorgängen.

Das Desinteresse des Staates frühliberaler Prägung an Arbeitskämpfen muss darauf zurückgeführt werden, dass Streiks als Vorgänge im Bereich des „Privaten", des Privatrechts, aufgefasst wurden, welche der Zuständigkeit hoheitlicher Ordnungsbefugnis nicht unterstanden.[13] Das bestehende privatrechtliche Instrumentarium sollte ausreichen, um auch diese neuen sozialen Vorgänge zu erfassen. Der Staat liess die Vorbereitung und Durchführung von Arbeitskämpfen zu, aber unter Aufrechterhaltung der individuellen Vertragsbindung. Dem Streik haftete somit als einem Vertragsbruch nach Zivilrecht und als Ursache öffentlicher Unruhe etwas Irreguläres an.

12) *Scheuner*, Die Rolle 23
13) *Rüthers*, Streik und Verfassung 17 und *Scheuner*, Die Rolle 22 f.

Eben diese sozialpolitische Untätigkeit des Staates trug massgeblich zur Bildung unabhängiger Koalitionen bei, da ein Machtausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nur auf dem Weg der Selbsthilfe zu erreichen war.[14] Der Kampf um das Koalitionsrecht, welcher sich in einer Zunahme der Streiks in der Zeit von 1895 bis 1907 manifestierte, bildete den Beginn der schweizerischen Gewerkschaftsbewegung.[15] Zwar bestanden nach wie vor kantonale Streikverbote, welche nie offiziell aufgehoben wurden; nach überwiegender Ansicht wurden sie jedoch durch die Statuierung der Vereinsfreiheit in der BV von 1848 (Art. 48) und in Art. 56 der BV von 1874 obsolet.[16] Die Möglichkeit, sich in Vereinen zusammenzuschliessen schloss auch die Koalitionsbildung ein. Die Koalitionsfreiheit war aber noch nicht in ihrer spezifischen Funktion als Freiheit der Koalitionsbetätigung mit Einschluss der Streikfreiheit gewährleistet. Das Streikrecht und das Koalitionsbetätigungsrecht teilten also noch ihr rechtliches Schicksal in der Nichtbeachtung durch den Staat.

Der Staat wurde zwar zum Handeln veranlasst, als anfangs des 20. Jahrhunderts unter dem Einfluss eines linksextremsyndikalistischen Gewerkschaftskurses Streiks ausgelöst wurden, welche die öffentliche Ordnung erheblich gefährdeten. Es wurden Streikgesetze zum Schutze der Arbeitsfreiheit aufgestellt, welche erst mit dem Erlass des StGB hinfällig wurden. Dem liberalen Ordnungsmodell widersprach es jedoch nicht, wenn in besonderen Krisenzeiten zur Aufrechterhaltung einer liberalen Wirtschaftsordnung, d.h. der öffentlichen Ordnung in die Streikfreiheit eingegriffen und die Neutralität aufgegeben wurde. Der „Laissez-faire"-Staat blieb gewährleistender Rechtsstaat und verstand sich noch lange nicht als ein dem sozialen Ausgleich verpflichteter, gewährender Sozialstaat.
Die Anwendung der Streikgesetze erfolgte auch höchst selten, was dadurch verständlich erscheint, dass in der gleichen Zeit die ersten,

14) *Gruner*, Arbeiter 949 f. und ders. Koalitionsrecht 320 f.; *Säcker*, Grundprobleme 47
15) *Gruner*, Koalitionsrecht 322 f. und ders. Wirtschaftsverbände 68; zur deutschen Parallelentwicklung vgl. *Zeitler*, Streikrecht und Grundgesetz 69 ff.
16) *Gruner*, Arbeiter 949; *Wormser*, Streikartikel 5 f.

den Arbeitsfrieden wahrenden Verständigungsversuche mittels GAV stattfanden und der GAV selbst im OR von 1911 rechtliche Anerkennung fand. Der Staat regelte damit zum ersten Mal einen wichtigen Teil der Koalitionsbetätigung, ohne jedoch in ähnlicher Weise Regeln für den Arbeitskampf zu entwickeln.
Da in den Jahren nach dem Generalstreik von 1918 der soziale Friede zusehends sicherer wurde, vermochte sich der Staat auf die Gewährleistung einer Streikfreiheit innert der privatrechtlichen Grenzen zu beschränken. Die spärliche Rechtsprechung in jenen Jahren ist beredter Ausdruck dafür.[17] Diese staatliche Haltung wurde erleichtert durch die lokale und zeitliche Begrenztheit der ersten Streiks sowie durch das Selbstverständnis der „klassischen"[18] Gewerkschaft.[19]

1.2. Die Stellung und Rechtfertigung des Streiks im sozialen Rechtsstaat

1.2.1. Sozialstaatsprinzip und „soziale Selbstverwaltung"

Die Erkenntnis, dass eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung nicht ohne staatliche Massnahmen zur Lenkung und Kontrolle der Wirtschaft möglich sei, machte staatliche „Daseinsvorsorge" notwendig und liess den Staat aus seiner Haltung wirtschaftlich-gesellschaftlicher Passivität heraustreten. Die Verantwortlichkeit des Staates für

17) Die zivilrechtliche Rechtsprechung wird unten noch ausführlich angeführt; strafrechtliche Aspekte des Streiks berühren die Urteile: BlfZR 19, 176; 20, 53; 21, 107; 33, 137 f., 153 und SJZ 31, 154

18) Die Unterscheidung zwischen , klassischer" und „befestigter" Gewerkschaft knüpft an *G. Briefs* an: Zwischen Kapitalismus und Syndikalismus, Bern 1952, 84 f. und ders. in „Gewerkschaftsprobleme in unserer Zeit", Frankfurt 1968, 67

19) Die klassische schweizerische Gewerkschaft hat sich nie als Instrument einer Ideologie verstanden, sondern auch unter dem Einfluss der sozialistischen Gewerkschaftsbewegung die bestehende Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung bejaht. Vgl. *M. Weber*, Wirtschaftspolitische Auffassungen der Arbeiterbewegung, Bern 1967, 232; *Kistler*, Betriebsgemeinschaft, Fribourg 1952, 82 und *Rentsch*, Geltungsbereich 109 f. Die Entstehung des Gewerkschaftspluralismus in der Schweiz anfangs des 20. Jahrhunderts bildete gerade die Reaktion gegenüber einer Ideologie des Klassenkampfes, vgl. *Zanetti*, Gewerkschaftsfreiheit 79

die Sozialgestaltung kann man als inhaltliches Element des Sozialstaatsprinzips verstehen.

Damit ist aber das Wesen der Sozialstaatlichkeit noch nicht genügend umschrieben. Der materielle Aufgabenzuwachs des Staates kann nämlich nur bewältigt werden, wenn gleichzeitig das demokratische Element der Teilhabe an den sozialen Staatsaufgaben belebt und gestärkt wird. Im Sozialstaatsprinzip liegt gleichzeitig der Gedanke einer möglichst weitgehenden Selbstverwaltung der gesellschaftlichen Gruppen beschlossen.[20] Die Zuordnung des Selbstverwaltungsgrundsatzes zum Sozialstaatsgedanken findet darin ihre Rechtfertigung, dass der als „Genossenschaft der Bürger" oder „Selbstorganisation der Gesellschaft" verstandene soziale Rechtsstaat bewusst auf obrigkeitlichen Zwang bei der Sozialgestaltung verzichtet und den Gruppen aufträgt, durch ihr sozialgebundenes Wirken den Ausgleich der einander widerstreitenden Interessen zu erreichen. Wenn nämlich der Staat für den Bereich des Sozialen verantwortlich zeichnet, wenn er aber andererseits nicht zum totalitären Planstaat entarten will, so bedarf es der eigenverantwortlichen Mitwirkung der gesellschaftlichen Kräfte.

Für die Stellung der organisierten Interessen im Sozialstaat ist demnach kennzeichnend, dass sie sich „in einem dauernden Prozess der Ausdehnung und des Eindringens in den Raum des Öffentlichen"[21] (*Zacher*) befinden. Die Koalitionen erfüllen öffentliche Funktionen, ihre Aufgabenstellung lässt sich also nicht mehr vom Privatrecht her erfassen. Die traditionellen Gewerkschaftsfunktionen erfahren zudem in dem Sinne einen Bedeutungswandel, als die Ziele der Sicherung des Lebensstandards und die Ermöglichung von Berufs- und Wei-

20) *Ruthers*, Streik und Verfassung 65; den Begriff der „sozialen Selbstverwaltung" hat *Meissinger* in zahlreichen Veröffentlichungen geprägt, z.B. „Soziale Selbstverwaltung" in DB 1951, 230

21) Der Begriff des „Öffentlichen" wird näher umgrenzt bei *Smend*, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, 1955, 11 ff. und bei *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, Berlin Zürich 1969, 135 ff.; ebenso *Ruthers*, Streik und Verfassung 49 ff. und *Scheuner*, Die Rolle 22

terbildung den Schutzgedanken immer mehr verdrangen.[22] Auch das Gebiet der sozialen Sicherheit wird immer mehr zum Einflussgebiet der Gewerkschaften.[23] Daneben übernehmen die Gewerkschaften im gesamten Wirtschafts- und Sozialbereich neue Aufgaben wie in der Berufsbildung, dem Konsumentenschutz und der Förderung der Mitbestimmung.

Der Sozialstaat hat die Teilhabe- und Selbstverwaltungsbefugnisse der Berufsverbände in seiner Rechtsordnung berucksichtigt.[24] Der den Koalitionen vom Staat ubertragenen Aufgabe, auch die Arbeitsbedingungen in einem freiheitlichen Verfahren zu regeln, wird dadurch Rechnung getragen, dass ihnen im OR von 1911 das Instrument des GAV zur Verfügung gestellt wurde.[25]

Die rechtliche Möglichkeit, die einzelnen Arbeitsbedingungen durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler festzulegen, nennt man Tarifautonomie. Sie findet ihre Rechtfertigung in der Entlastung des Staates, im Sachverstand und der Sachnähe verbandlicher Aufgabenbewältigung sowie in der Tatsache, dass sich keine befriedigenden Massstäbe für die Festsetzung „gerechter" Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch den Staat angeben lassen.
Die in der Tarifautonomie inbegriffene Vertragsfreiheit und Regelungsgewalt sind ein wesentlicher Teil des durch die Koalitionsfreiheit gewährleisteten Betätigungsrechts der Koalitionen. Neben der Tarif-

22) *Zacher*, Aktuelle Probleme 553 und *Schelker* Probleme der Gewerkschaftspolitik. Schriftenreihe des Gewerkschaftskartells Basel Stadt, Bd. 2, 1971, 80 ff.

23) Die Gewerkschafter wirkten massgeblich bei der Einführung grosser Sozialwerke wie der KUVG, AHV/IV und der Arbeitslosenversicherung mit.

24) So z.B. neben Art. 356 OR (kollektives Arbeitsrecht) im Bereich der beruflichen Bildung (BG von 1930, Art. 36, 42, 56) und im Sozialversicherungswesen (AHVG Art. 53 ff.); zur Teilhabe an der staatlichen Willensbildung vgl. *Fluckiger* Die Anhörung der Kantone und Verbände im Gesetzgebungsverfahren, Bern 1968, 15 ff., 18

25) Ihrem „öffentlichen Status" und ihrer realen Machtstellung entsprechend fanden die Koalitionen auch als „Ordnungselemente der Arbeits- und Wirtschaftsverfassung" ausdrücklich in den Wirtschaftsartikeln von 1947 Anerkennung, wenn auch nicht im Sinne einer ausdrücklich garantierten Koalitionsfreiheit.

autonomie bildet nun aber auch die Arbeitskampffreiheit ein tragendes Element der den Koalitionen überlassenen sozialen Selbstverwaltung. Dies ergibt sich daraus, dass angesichts der marktwirtschaftlichen Festlegung des Preises auf dem Arbeitsmarkt durch Angebot und Nachfrage das Mittel der individualrechtlichen Kündigung (Änderungskündigung) für eine wirksame Interessenvertretung der Arbeitnehmer zu schwach ist. Beim Scheitern der GAV-Verhandlungen über neue Arbeitsbedingungen muss deshalb notfalls auch das Mittel des Arbeitskampfes ergriffen werden können.[26] Arbeitskampf hat also die Funktion, als Mittel zur Herbeiführung gesamtarbeitsvertraglicher Einigung eine „zielbezogene Koordinationsordnung" zu schaffen.[27] Das Verbot staatlicher Zwangsschlichtung ist damit notwendig vorausgesetzt.

Bildet nun der Gedanke der „sozialen Selbstverwaltung" ein Wesensmerkmal des Sozialstaatsprinzips, so hat der Arbeitskampf die sozialstaatliche Aufgabe zu erfüllen, als „Ventil für die angewachsenen, sozialen Spannungen zu dienen und die Gegensätze ausserhalb staatlich dirigistischer Regelung austragbar zu machen".[28] Der Verzicht des Staates auf die Entscheidung des Arbeitskampfes ist also weder im bewussten „Laissez-faire" noch in der ohnmächtigen Resignation gegenüber gesellschaftlichen Machtgruppen und in der instrumentalen Unzulänglichkeit der Rechtsordnung, soziale Konflikte justizmässig zu schlichten, begründet, sondern ist als wesentlicher Teil einer bewusst ausgegrenzten sozialen Selbstverwaltung zu verstehen.[29]

Im Sozialstaatsprinzip ist zugleich aber auch die Grenze sozialer Selbstverwaltung und innergesellschaftlicher Konfliktaustragung angelegt. Im gesellschaftlichen Bereich wirkt der Sozialstaatsgrundsatz als Appell und Pflicht zur gesellschaftlichen Selbstverantwortung und Selbsthilfe, zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Unterstützung sowie zur

26) *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht 4. Auflage Bern 1977, 179; vgl. auch die zusammenfassende Übersicht über die herrschende deutsche Auffassung bei *Seiter*, Streikrecht 483 Fn 5

27) *Schluep*, Überbordungsgefahren 111 ff.

28) *Rüthers*, Streik und Verfassung 71

29) Derselbe 70 f.

innergesellschaftlichen Mässigung und Gemeinverträglichkeit.[30] Das Sozialstaatsprinzip dient der Bändigung des sozialen Konflikts im sozialen Kontakt",[31] bezweckt also die „soziale Integration" des Gemeinwesens.
Die soziale Gerechtigkeit und die soziale Intergration bilden die tragenden Komponenten der Sozialstaatlichkeit und begrenzen sich in dieser Eigenschaft gegenseitig.

1.2.2. Die Grenze der staatlichen Unparteilichkeit (Neutralität) im Bereich der kollektiven Autonomie

Die Stellung des Staates gegenüber der Einrichtung der sozialen Selbstverwaltung und damit auch zu Arbeitskämpfen ist im Sozialstaat nicht mehr dadurch gekennzeichnet, dass sich der Staat aus der Regelung kollektiver Autonomie überhaupt zurückzuziehen hat. Die passive Neutralität eines „Nachtwächterstaates" entspricht nicht dem gewandelten Selbstverständnis des sozialen Staates gegenüber den sozialen Gegenspielern.[32] Die Selbstbeschränkung des Staates, die aus der sozialen Selbstverwaltung folgt, ist nicht absolut und unbegrenzt. Die kollektive Regelungsautonomie wurzelt vielmehr in der Rechtsordnung und bekommt auch von ihr ihre Grenze zugewiesen. Die Zurückhaltung des Staates stellt eine echte Selbstbeschränkung dar, gründet sich also auf seine eigene Entscheidung.[33]

Die den Berufsverbänden übertragene öffentliche Macht, die in der bindenden Wirkung des GAV für ihre Mitglieder und in der Möglich-

30) In dieser Weise interpretiert *Müller*, Soziale Grundrechte, 775 die Wohlfahrts- und Sicherheitsklausel der Art. 2 und 31 bis Abs. 1 BV; vgl. auch *Hesse*, Grundzüge 84 f. und *Scheuner*, Die Rolle 35, welcher die gleichgewichtige Ausgestaltung der Kampfmittel (Parität) durch das Sozialstaatsprinzip rechtfertigt.

31) So *E.R. Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: „Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", Darmstadt 1968, 589; nach *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 315 sucht die Koalitionsfreiheit das gegenseitig und sozialgerechte Miteinander im „sozialen Kompromiss" zu erreichen, vgl. auch derselbe 180 ff.

32) *Lerche*, Zentralfragen 64; *Scholz*, Koalitionsfreiheit 353; *Rüthers*, Streik und Verfassung 44 f.; eine so verstandene Neutralität ist im Wirtschaftsrecht längst aufgegeben.

33) *Rüthers* a.a.O. 44

keit der Erweiterung dieser Bindung kraft staatlicher Verfügung besteht, ist zwar geschichtlich gegen den Staat erstrittene, aber doch im Rahmen der geltenden Verfassung rechtlich übertragene Macht.[34] Der Staat spart also eine autonome rechtliche Befugnis aus, um gewisse sozial hart umkämpfte Fragen einem Prozess der Regelung durch Einigung der Beteiligten zu unterwerfen.
Der Bereich des nichtstaatlichen „Öffentlichen" kann also keine konkurrierende Legitimität und Bestimmungsmacht neben dem Staat für sich in Anspruch nehmen.[35] Der Staat trägt vielmehr die letzte Verantwortung für die Ordnung und den Bestand der Gesellschaft und damit auch für die geregelte Austragung gesellschaftlicher Spannungen. Dem Staat und seiner Rechtsordnung obliegt also die Entscheidung über das Mass seiner Zurückhaltung im sozialen Bereich. Angesichts der gegenüber der klassischen Gewerkschaft erhöhten Störungsmacht der Grossverbände[36] und des beanspruchten „allgemeinen sozialpolitischen Mandats",[37] welches den Machtzuwachs der Gewerkschaften wiederspiegelt, hat der Staat seiner Wächterrolle für die Grenze der sozialen Spannungen erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Der heutige Arbeitskampf ist nämlich entsprechend der veränderten Stellung der Verbände kein lokal eng begrenztes Ereignis mehr, sondern kann in einer arbeitsteiligen und eng verflochtenen Gesellschaft Wirkungen hervorrufen, welche weit über die Direktbeteiligten hinausgehen und Drittinteressen berühren. Diese negative Wirkung kann sich noch dadurch verstärken, dass die Streikformen selbst von den Beteiligten variiert werden.

Die Festlegung der Arbeitsbedingungen in einem freiheitlichen Verfahren ist nun zwar ein erhaltenswerter Bestandteil liberalen Gedankengutes, das auch dem Arbeitskampf seinen angestammten und unverzichtbaren Ort im Gefüge kollektiver Autonomie zuweist. Die früh-

34) *Scheuner*, Die Rolle 31
35) *Badura*, Arbeitsgesetzbuch 134
36) *G. Briefs*, Artikel Gewerkschaften in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaft, Bd. 4, 1965, 545 ff. (557)
37) So *Zacher*, Gewerkschaften 713

liberale Auffassung erstreckte diese staatliche Distanziertheit gegenüber der Koalitionsfreiheit auch auf die Kampfmittel in der Idee der ausschliesslich staatsabwehrenden Kampffreiheit, indem die Parteien auf das vorhandene individualrechtliche Instrumentarium verwiesen wurden. Der Sozialstaat muss sich aber auch um die Spielregeln, d.h. um die Voraussetzungen des freiheitlichen Auseinandersetzungsprozesses kümmern.
Der Sozialstaat hat also die Rahmenbedingungen zu schaffen, damit der Auseinandersetzungsprozess der sozialen Gegenspieler vonstatten gehen kann, und er hat die Grenzen gegen den Missbrauch der Kampffreiheit abzustecken. Auf die inhaltliche Festlegung der Arbeitsbedingungen hat der Staat hingegen keinen Einfluss zu nehmen, er muss sich den Kampfforderungen und dem Kampfergebnis gegenüber neutral verhalten.[38]

1.2.3. Unmittelbare und mittelbare staatliche Beeinflussung des Arbeitskampfes im Sozialstaat

Schon in der Organisierung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände kann nach *Dahrendorf*[39] ein erster Schritt zur Milderung organisierter Konflikte gesehen werden. Hinzu kommt eine Reihe staatlicherseits zur Verfügung gestellter Institutionen, welche zwischen den Parteien vermitteln und das Konfliktklima entschärfen helfen. An erster Stelle steht das Institut der Kollektivverhandlung (conciliation, GAV).
Die vom schweizerischen Gesetzgeber in einem weiten inhaltlichen Rahmen zugelassene GAV-Regelung war in besonderem Masse geeignet, eine friedliche Konfliktlösung zu fördern. Die GAV bilden noch heute ebenso Grundlage für dauerhafte gemeinsame Einrichtungen der GAV-Parteien zum Zwecke der Einhaltung und Überwachung der

38) Die Neutralitätspflicht des Staates ist auch von der schweizerischen Lehre anerkannt, vgl. *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. A. 1977, 180 und *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 265
39) *Dahrendorf*, Betriebs- und Industriesoziologie, Berlin 1972, 103

GAV wie für ein dichtes Netz vertraglicher Schlichtungs- und Schiedsmöglichkeiten.[40] Neben den subsidiären staatlichen Vermittlungseinrichtungen (Einigungsämter) hat also der Staat, der in seiner sozialen Verantwortung für alle Bürger handelt, primär die vertragliche Vermittlung (mediation) zu fördern.[41] *Dahrendorf* fasst die Vermittlung richtigerweise als weiteren konfliktthemmenden, den Arbeitsfrieden sichernden Faktor auf. Denn wie das Friedensabkommen in der Maschinenindustrie beweist, sind in der sozialstaatlichen Entwicklung an die Stelle des ursprünglich kämpferischen Gegeneinanders von Arbeitnehmern und Arbeitgebern vermehrt das gemeinsame Interesse und die Verantwortung für das Arbeits- und Wirtschaftsleben getreten. Der Begriff „Sozialpartnerschaft" zeigt diesen Wandel an.[42] Diese Entwicklung ist sicherlich einerseits der Zurückhaltung des Gesetzgebers zu verdanken, welcher der Initiative der Sozialpartner weiten Raum liess, aber auch dem Selbstverständnis und der weit verbreiteten Verantwortungsbereitschaft der schweizerischen Gewerkschaften.

Gewähr für einen sozial gerechten Ausgleich der verschiedenen den Koalitionen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Vertretung übertragenen Interessen kann zudem nur erreicht werden, wenn sich grundsätzlich gleichgewichtige Koalitionen gegenüberstehen. Da die Überlassung der Festsetzung der Arbeitsbedingungen an die Koalitionen nur möglich ist, wenn der Staat auf den gegenseitigen Ausgleich und die gegensätzliche, aber für die Gesamtheit sinnvolle Interessengewichtung vertrauen kann, muss der Staat auch ein freiheitliches *und* gleichgewichtiges Auseinandersetzungsverfahren garantieren. Dieser Aufgabe würde der Staat beispielsweise nicht entsprechen, wenn er den Arbeitgeberverbänden das Aussperrungsrecht prinzipiell vorenthalten

40) Zum Konfliktlosungssystem des schweizerischen „Friedensabkommens" vgl. *Gallati*, Arbeitsfriede, 84 ff., 107 ff.

41) Dieser Auftrag zur Forderung des Arbeitsfriedens ist unmittelbar der BV in Art. 34ter Abs. 1 zu entnehmen.

42) *Dahrendorf* spricht hier von der „institutionellen Isolierung des industriellen Konflikts" in: Soziale Klassen und Klassenkonflikte in der industriellen Gesellschaft, Stuttgart 1957, 234 f., zur staatlichen Aufgabe, den sozialen Frieden zu realisieren auch *Scheuner*, Die Rolle 29

würde.[43] Da der Auseinandersetzungsprozess auf eine Einigung gleichgewichtiger Vertragsparteien ausgerichtet sein muss, muss der Gesetzgeber die Kampfinstrumente überprüfen und korrigieren, wenn sie sich zugunsten einer Seite verschieben sollten.[44]
Das Sozialstaatsprinzip verlangt aber auch vom Gesetzgeber bei der Aufstellung der Rahmenbedingungen der machtmässigen Auseinandersetzung, dass einzelne Kampfteilnehmer oder Dritte durch den Kampf nicht in eine Situation sozialer Existenzgefährdung geraten oder willkürlich ihren Arbeitsplatz verlieren. Auch das Verbot des auf Existenzvernichtung eines Unternehmens angelegten Kampfes gehört hierher.[45]

Neben diesen Möglichkeiten unmittelbarer Beeinflussung des Arbeitskampfgeschehens stehen dem Sozialstaat aber auch noch andere Wege offen, das „soziale Machtgefälle" auszugleichen und damit indirekt (mittelbar) auch den Ausbruch von sozialen Konflikten zu verhindern. Einen wichtigen Beitrag zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit bildet zunächst die Arbeitnehmerschutzgesetzgebung. Derart gesetzlich gesicherte Rechtspositionen müssen nicht mehr erkämpft werden. Der Ausbau der Mitbestimmung und der Sozialversicherung[46] stellt ebenfalls eine sozialstaatliche Aufgabe dar. Auch im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik z.B. in der Vollbeschäftigungspolitik stehen dem Sozialstaat Möglichkeiten indirekter Beeinflussung und Stärkung der Arbeitnehmerposition zur Verfügung.[47]

43) Der sozialstaatliche Ansatz im Arbeitskampf darf nicht, wie verschiedentlich behauptet, zu einer ungleichen Verteilung der Kampfinstrumente als Mittel der Beeinflussung sozialer Machtunterschiede führen. So *Seiter*, Streikrecht 101 f. mit Anführung der Gegenmeinung Fn 71; wie *Seiter* auch *Scheuner*, Die Rolle 34 f.
44) *Scholz*, Koalitionsfreiheit 352 f.
45) *Seiter*, Streikrecht 103
46) *Tschudi*, Sicherung 112 ff.; *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte 266 und *Gallati*, Arbeitsfriede 141 f.
47) *Gallati*, Arbeitsfriede 39 ff. und *Seiter*, Streikrecht 101

1.3. Freiheitsrechtliche und sozialrechtliche Strukturelemente von Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht

1.3.1. Die Koalitionsfreiheit als liberales Freiheitsrecht mit sozialer Zwecksetzung

Gleichgültig, auf welche geschichtlich bedingten, geistigen (christlichen, sozialistischen, genossenschaftlichen) oder sozialpolitischen Intentionen sich eine Koalition berief, ihr übergreifendes und verbindendes Verhaltensgesetz hiess stets gesellschaftliche Selbsthilfe. In diesem Verfahren „Selbsthilfe" kam die Ordnungskraft einer liberalen Freiheitsidee zum Ausdruck, deren Offenheit nicht nur die Verfolgung divergierender pluraler Interessen ermöglichte, sondern auf der Ebene des formalen Konsenses auch deren freiheitliche Integrierung bezweckte. Da die formale Wirksamkeit des liberalen Freiheitsgedankens jenseits der Materialität ideell definierter Werte ansetzte, war allein entscheidend, ob und wie es einer Freiheit gelang, sich mittels bestimmter Institute zu entfalten. Die freiheitliche Verfahrensform der Selbsthilfe besass also im Hinblick auf die sozialpolitische Zielsetzung der Koalitionen selbst immer nur instrumentale, formgebende Bedeutung.

Das organisationsrechtliche Fundament des koalitionsmässigen Selbsthilfeverfahrens bildete die liberale Vereinigungsfreiheit. Koalitionsfreiheit bedeutete also im Ergebnis „assoziative" Selbsthilfe.[48] Die Vereinigungsfreiheit gehörte zusammen mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit zu den kommunikationsrechtlichen Grundpostulaten des Liberalismus. Da sich die Vereinigung als typisch-instrumentales Freiheitsinstitut verstand und sie allein einer in ihrem Zweck beliebigen Individualfreiheit diente, vermochte sie die Vielfalt der sozialen und wirtschaftlichen Probleme ihrer Zeit in sich aufzunehmen und entsprechend auszudrücken. Der Liberalismus wurde damit zum ausseren Gestaltungsprinzip der Koalitionsfreiheit.[49] „Sein formales

48) *Scholz*, Koalitionsfreiheit 28 f.

Freiheitsverständnis und die rationale Elastizität seiner Ordnungsmittel überwand die ideenmässigen Gegensätze und begründete das Koalitionswesen als funktionsfähiges Sozialgebilde".[50]

Die geschichtlich bedingte Parallelität der Entwicklung von Koalitions- und Vereinigungsfreiheit gründet nun aber allein auf der formalen, freiheitlich-instrumental verfassten Ordnung. Die sozialpolitische Zwecksetzung, der das freiheitliche Verfahren der Selbsthilfe in der Koalitionsfreiheit zu dienen hat, unterscheidet die Koalitionsfreiheit von der liberalen Vereinigungsfreiheit. Anders als die klassische Vereinigungsfreiheit will die Koalitionsfreiheit nicht hauptsächlich das individuelle Interesse an der Assoziation zu bestimmten Zwecken schützen. Vielmehr will sie „der Angewiesenheit des einzelnen Arbeitnehmers auf koalitionsweise Geltendmachung und Wahrung seiner Interessen angesichts einer privatwirtschaftlichen Gestaltung der Produktionsverhältnisse" und der sozial ungleichen Austauschbedingungen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung tragen.[51] Die Koalitionsfreiheit hat also einen sozialen Schutzzweck, dessen Garantie vor allem in der kollektiven Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen liegt.Gemäss ihrem sozialen Schutzzweck lässt sich die Koalitionsfreiheit am besten den Grundfreiheiten der Arbeit zuordnen.[52]
Diese Gewährleistungen verstehen sich in dem Sinne als soziale Grundrechte, als sie sich auf die besondere Schutzwürdigkeit der abhängigen Arbeitnehmer beziehen, einen bedeutsamen Teil ihrer Schutzwirkung gegenüber dem Arbeitgeber und den sozialen Mächten im Rah-

49) Auch wenn die liberale Vereinsfreiheit historisch die Grundlage für die tatsächliche Verwirklichung der Koalitionsfreiheit bildete, Anstoss und formales Vorbild zugleich war, darf aber nicht die Auffassung vertreten werden, der schweizerische Verfassungsgeber hätte mit der Garantie der Vereinsfreiheit schon die Koalitionsfreiheit gewähren wollen. Das spannungsreiche Verhältnis von Staat und Koalition zu Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts belegt dies deutlich. Die Notwendigkeit eines kollektiven Schutzes vor den Auswüchsen liberaler Vertragsfreiheit trat erst mit der Entwicklung des GAV in den Vordergrund.
50) *Scholz*, Koalitionsfreiheit 31
51) *Badura*, Arbeitsgesetzbuch 132
52) *Badura*, Grundfreiheiten der Arbeit 28 ff. und *Wildhaber*, Soziale Grundrechte 375

men des Arbeitsverhältnisses entfalten und allgemein durch positive Leistungen die Arbeitnehmer nach dem Massstab der sozialen Gerechtigkeit zu fördern suchen.[53]

Die Koalitionsfreiheit ist entsprechend als liberales Freiheitsrecht mit sozialer Zwecksetzung[54] zu verstehen.

1.3.2. Das Streik- und Aussperrungsrecht als „prozessual" verfasstes Sozialrecht

Wie die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit erklärt sich die Koalitionsfreiheit aus dem kommunikativen Bezug zum Partner.[55] Die kommunikative Ausrichtung der grundrechtlichen Freiheiten entsteht dabei erst auf der funktionalen Ebene der kollektiven Grundrechtsausübung.
Im „status collectivus", d.h. der gruppen- oder verbandsförmigen Grundrechtsausübung erfährt Freiheit selbst als Mittel zur Herstellung sozialer Gleichheit im Sinne der sozialen Integration unterschiedlicher Interessen eine wesensmässig positive, drittgerichtete Ausformung. Ihrer Anlage nach ist also die Koalitionsfreiheit nicht im „vertikalen" Sinne staatsbezogen, sondern auf den ausserstaatlich-freiheitlichen, horizontalen Gesellschaftsraum ausgerichtet. *Scholz* verwendet hier auch den Begriff des „status socialis".[56]

Die koalitionsrechtliche Ordnung des Arbeitslebens erfüllt sich dem-

53) *Badura*, Grundfreiheiten der Arbeit 42. Derselbe, 29: „Die Eigenart der Koalitionsfreiheit zeigt sich im Schutzbereich und in der verbandsmässigen Wahrung von Gruppeninteressen".

54) *Scholz*, Koalitionsfreiheit 32, 191, 313

55) Bei diesen Rechten ist der Kommunikationsprozess als solcher Funktion des Grundrechts, d.h. unmittelbar vom Tatbestand her aufgegeben. *Scholz* a.a.O. 296 spricht hier von unmittelbaren Kommunikationswirkungen und von echten Kommunikationsgrundrechten.

56) *Scholz* a.a.O. 81 und *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht 277; zur näheren Kennzeichnung des Aufeinandereinwirkens der Sozialpartner verwendet *Lerche*, Zentralfragen 30 den Begriff des „Prozesses".

gemäss allein in der Auseinandersetzung und dem Zusammenwirken von organisierter Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft. Die Koalitionsfreiheit ist einem kontradiktorischen und einem kooperativen, auf der Grundlage der gegenseitigen Parität beruhenden *Verfahren* verpflichtet.[57] Diese Verfahrensordnung stützt sich auf das permanente Zusammen- und Gegenspiel von Einigung und Kampf. Jeder gesamtarbeitsvertragliche Friedenszustand trägt unter bestimmten Voraussetzungen die Fragestellung des Koalitionskampfes in sich; jeder momentane Kampfzustand ist auf die (wieder) befriedende Einigung gerichtet.

In dieser Funktion finden gerade die wichtigsten Erscheinungsformen des Koalitionskampfes, Streik- und Aussperrungsrecht, ihre Rechtfertigung; denn freiheitliche Einigung kann bei Verzicht auf staatliche Zwangsschlichtung nicht anders erreicht werden.[58] Voraussetzung für dieses Zusammenspiel ist, dass Einigung und Kampf nicht nur den tatsächlichen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeberschaft anstreben, sondern darüberhinaus die Interessen beider Seiten in „integrierender Allgemeinheit", ausgerichtet auf den „sozialen Kompromiss" [59] verbinden.

Die Koalitionsfreiheit sucht also die Einigung über möglichst gerechte Arbeitsbedingungen in der verfahrensmässigen Herstellung eines Sinnkonsenses zu erreichen. „Die grundrechtliche Kommunikationsverfassung ist ausschliesslich freiheitsrechtlich und damit formal beschaffen; ihr Integrationsziel, die Allgemeinheit, ist demgemäss gleichfalls formal"[60] Die soziale Teilhabe der Arbeitnehmer an der „gerechten"

57) Die kooperative Funktion des Koalitionswesens verwirklicht sich in der Koalitionsvereinbarung; der GAV entfaltet hier seine herausragende Bedeutung. Der Antagonismus ihrer Aufgabe vermittelt den Koalitionen aber auch den Charakter einer „kämpferischen Einrichtung".

58) Ob ein Streikrecht auch ausserhalb der Koalitionsfreiheit Sinn haben kann, muss sich daran erweisen, ob es in gleicher Weise wie der Koalitionskampf Gewähr für das Zustandekommen einer Einigung zwischen den Parteien bieten kann. (Vgl. s.u. S. 154 ff.)

59) *Scholz*, Koalitionsfreiheit 315 gebraucht diese Terminologie; *Lerche*, Zentralfragen 30 spricht vom „Prozess" des Aufeinandereinwirkens mit dem Ziel der Verständigung und Befriedung

60) Derselbe a.a.O. 136 ff., 311

Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen soll verfahrensrechtlich, d.h. freiheitlich ausgeformt werden.[61] Liberale Freiheit wird hier auf der horizontalen Drittwirkungsebene zur sozialen Freiheit, indem gerade auch Koalitionskampf dazu dient, die negativen Konsequenzen liberaler Vertragsfreiheit auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen und eine sozialgerechte Einigung zu erzielen.

Dieser Zusammenhang kann noch näher veranschaulicht werden, wenn man die enge, geschichtlich gewachsene Beziehung zwischen Koalitionsfreiheit, Streikrecht und dem Sozialrecht auf Arbeit zu gerechten und gesicherten Bedingungen gegen ein angemessenes Entgelt als Teilgehalt eines Rechts auf Arbeit betrachtet.

Ein Recht auf angemessenen und gerechten Lohn kann ebensowenig wie das Recht auf einen Arbeitsplatz unmittelbar in der Form eines subjektiven Anspruchs materiell verbürgt werden. So scheitert z.B. die Verwirklichung eines Rechts auf einen Arbeitsplatz daran, dass der freiheitlich organisierte Staat nicht über die Arbeitsplätze verfügen kann. Der Staat kann aber immerhin einem Teilgehalt dieses Rechts dadurch Rechnung tragen, dass er den freien Zugang zum Beruf „prozessual" anstrebt und möglicherweise durch Ansprüche auf berufliche Aus- und Weiterbildung sowie auf Arbeitslosenunterstützung ergänzt. Materieller Sozialrechtsgehalt wird damit vor allem auf der formalen, verfahrensrechtlichen Ebene zu realisieren versucht.[62] Auch in der Koalitionsfreiheit wird die reale Verwirklichung der sozialen Zwecksetzung dieses Rechts um eine Stufe vorverschoben und die Höhe des angemessenen Lohnes durch Verhandlungen der Tarifparteien festgelegt. Die materiale Verwirklichung dieses Rechts wird

61) Nach *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht 281, wird durch eine „hemmungslose Aktionsfreiheit" gerade zum Niedergang materieller Freiheit beigetragen; indem nur Macht und Gewalt angestrebt wird (vgl. auch *C. Schmitt*, Verfassungslehre 1954, 168, 213). – An dieser Auffassung ist nicht die unbestrittene Notwendigkeit der Machtbegrenzung, sondern die Verurteilung jeglicher kollektiver Macht als solche zu kritisieren. Die Anerkennung eines „status collectivus" hat eine entscheidende Wende gegenüber einem solchen individualistisch-liberalen Grundrechtsverständnis gebracht.

62) *Daum*, Soziale Grundrechte, 86; zur vorgeschobenen Schutzfunktion verfahrensrechtlicher Grundrechtsgewährleistung vgl. *Häberle*, Grundrechte 89 und hierauf aufbauend *Müller*, Soziale Grundrechte 717, 798 ff. und 925.

dabei den Betroffenen bzw. ihren Koalitionen auf dem formalen, verfahrensrechtlichen Weg durch Ausübung von Streik- und Aussperrungsrecht überlassen. *Daum*[63] spricht hier vom „Ermöglichungsrecht" zum Recht auf angemessenes Arbeitsentgelt. Die Angemessenheit des Lohnes ergibt sich erst in der Auseinandersetzung der Koalitionen. Das formale „Teilhaberecht" der Koalitionen wird durch Ausgrenzung eines gesellschaftlichen Freiheitsbereichs gesichert. Streikrecht und Aussperrungsrecht verstehen sich als Instrumente zur Herstellung materieller, realer Freiheit. *Ramm* versteht dementsprechend den Arbeitskampf in seiner Zugehörigkeit zum „kollektiven" Liberalismus.[64]

Koalitions- und Streikrecht lassen sich also nicht einer Kategorie von Sozialrechten zuordnen, die sich als Gewährleistungen bestimmter staatlicher Leistungen in der Form individualrechtlicher Verbürgungen verstehen wie z.B. das Recht auf soziale Sicherheit. In ihrer Funktion gleichen vielmehr Koalitionsfreiheit und Streikrecht stark den sozialen Grundrechten als Teilhaberechten, welche mangels materieller staatlicher Leistungsmöglichkeiten den materiellen Anspruch sozialer Grundrechte „wenigstens" durch Teilhabe der Betroffenen am öffentlichen Verteilungsverfahren gewährleisten wollen. Im Unterschied hierzu gewähren aber Koalitionsfreiheit und Streikrecht immer „Teilhabe in der Drittrichtung",[65] wobei die staatliche Rechtsordnung einmal durch die Unterlassung materieller Beeinflussung der Koalitionstätigkeit zum andern durch die Schaffung funktionsfähiger Rahmenbedingungen zum Gelingen dieses gesellschaftlichen Prozesses beiträgt.[66]

Es kann demnach festgehalten werden, dass das Streikrecht in seiner Formstruktur und rechtlichen Eigenart dem Formtypus des liberalen

63) *Daum*, Soziale Grundrechte 86 f.; dabei wird das Streikrecht als typische Ausprägung des individuellen Liberalismus verstanden.

64) *Ramm*, Der Arbeitskampf in der Gesellschaftsordnung der BRD, Stuttgart 1962, 17 und derselbe, Anerkennung des Streikrechts, 107

65) Insoweit weist das Streikrecht einen ähnlichen materiellen Gehalt auf wie das soziale Postulat der Mitbestimmung; der Staat erscheint nur indirekt als Adressat sozialer Ansprüche, welche er durch die Bereitstellung der Instrumente für die Verwirklichung sozialer Ansprüche zu erfüllen hat. Vgl. *Muller*, Soziale Grundrechte 832 Fn 462

66) Vgl. s.u. S. 22 ff.

Freiheitsrechts verhaftet bleibt.[67]
Von seiner Zielsetzung ist es jedoch wesentlich „prozessual" verfasstes Sozialrecht.[68] In diesem Sinne weist das Streikrecht eine Doppelstruktur" auf. Liberales Formprinzip und soziale Zwecksetzung bilden eine eigentliche Werteinheit. Die Durchdringung von freiheitsrechtlichen und sozialrechtlichen Elementen in einer Kategorie von Grundrechten mag auch der Grund dafür sein, dass sich z.B. die Koalitionsfreiheit sowohl in der EMRK wie in der ESCH als Gewährleistung findet.[69]

1.3.3. Der sozialstaatliche Auftrag zur „organisationsrechtlichen" Sicherung eines freiheitlichen Koalitionsverfahrens

Die Koalitionsfreiheit versteht sich sozial- und ideengeschichtlich zunächst als individuales Freiheitsrecht, indem dem Einzelnen das Recht gewährt wird, einer Koalition fernzubleiben oder beizutreten und sich in ihr zu betätigen. Dieser Gehalt der Koalitionsfreiheit schafft die Voraussetzung für die kollektive Ausübung dieses Rechts und ist deshalb auch heute nicht zu entbehren.
Das Regelungsprogramm der Koalitionsfreiheit weist jedoch nach den vorstehenden Ausführungen über den individuellen Freiheitsgehalt hinaus und muss auch die Mittel, deren der einzelne zur wirksamen Ausübung seiner Rechte bedarf wie z.B. das Institut des GAV und die verschiedenen Kampfmittel in den Schutzbereich der Koalitionsfrei-

67) Koalitionsfreiheit und Streikrecht gleichen ihrer Struktur nach (Abwehranspruch gegen den Staat) den klassisch-liberalen Freiheitsrechten, so auch *Müller*, Soziale Grundrechte 832, unterscheiden sich aber dadurch, dass das Freiheitsrecht nicht primär sozial ausgleichende Ziele aus sich selbst verwirklicht.

68) Diese Doppelstruktur von liberaler Verfasstheit und sozialer Zwecksetzung heben besonders *Ramm*. Anerkennung 107 und *Hackstein*, Streikrecht 24 f. mit weiteren Hinweisen in Fn 60 hervor; ebenso *Scholz* a.a.O. 32. Auch *Grisel*, Les droits sociaux kennzeichnet das Streikrecht als Sozialrecht, das aus dem „Status negativus" erwächst; ebenso *Schambeck*, Grundrechte und Sozialordnung 110

69) Das Streikrecht bildet nach *Ramm*, Der nichtgewerkschaftliche Streik, 71 f. die „Klammer" zwischen ESCH und EMRK; *Zanetti*, Conclusions IV, 136 f. und derselbe, Colloque 9 stellt ausdrücklich auf diesen Zusammenhang ab, um den „fundamentalen" Charakter des Streik- und Koalitionsrechtes zu unterstreichen.

heit miteinbeziehen.[70] Der Staat hat also auch einen autonomen kollektiven Handlungsspielraum der sozialen Gegenspieler zu gewährleisten. Auch in dieser ordnungspolitischen Ausrichtung des Koalitionsschutzes folgt die Koalitionsfreiheit der Konstruktion des liberalen Ausgrenzungsrechts. Sowohl zivil- wie strafrechtliche Beeinträchtigungen dieses Rechts sind ausgeschlossen.[71]

Der im Koalitions- und Streikrecht verkörperte Gedanke der freiheitlichen Selbsthilfe ergänzt sich nun in den sozialstaatlichen Grundsätzen der gesellschaftlichen Selbstverantwortung und funktionsfähigen Integration sozialer Interessen. Die vorgängig beschriebene Werteinheit von liberaler und sozialer Freiheit verpflichtet den Staat, neben seiner freiheitswahrenden Funktion auch die organisationsrechtlichen Grundlagen für ein einwandfreies Funktionieren der Koalitionsfreiheit zu schaffen.[72] Da die Koalitionsfreiheit einen rechtlich gewährten Freiheitsraum ausspart,[73] kann die Rechtsordnung nicht nur eine solche negativer Ausgrenzung sein, sondern muss zugleich konstitutive Ordnung, verfasste Verantwortung sein. In der „sozialstaatlichen Grundrechtstheorie"[74] findet die Abhängigkeit der Realisierung grundrechtlicher Freiheit von den sozialen Voraussetzungen ihre dogmatische Begründung. Die besondere freiheitliche Struktur des Bereichs kollektiver Autonomie, die eine materielle Beeinflussung des

70) In der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik wird die Arbeitskampffreiheit als „Konnexinstitut" zur Koalitionsfreiheit konstruiert; diese Betrachtungsweise lässt sich durchaus auch für die herrschende Auffassung in der Schweiz übernehmen, welche die Kampffreiheit in die Vereinsfreiheit von BV 56 integriert.

71) *Kahn-Freund*, Some reflections 151

72) *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 258 ff. und 348 ff.; ebenso *Lerche*, Zentralfragen, 32, 37 und *Seiter*, Streikrecht, 107 f.

73) *Scheuner*, Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, 330

74) Zur näheren Umschreibung dieser Gedanken: *W. Schaumann*, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, 48 ff. und ders., in Zbl. 71, 1970, 33; ebenso *Müller*, Sozialer Grundrechte, 826 f.; *Wildhaber*, Soziale Grundrechte, 371 ff. mit weiteren Hinweisen Fn 27. Zusammenfassend und in Abgrenzung zu anderen Grundrechtstheorien vgl. *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff. (1953) und s.u. S. 58 ff.

Koalitionsverfahrens, insbesondere der Verhandlungsergebnisse ausschliesst, zwingt den Staat, die freiheitliche Grundrechtsausübung durch verbandsrechtliche *Organisations-* oder Verfahrenshilfen zu unterstützen.[75]

Ansätze dieses sozialstaatlichen Ordnungsmodells finden sich wie erwähnt schon in der GAV- und Schlichtungsordnung des geltenden schweizerischen Rechts. Die „organisatorische" Aufgabenstellung greift aber darüber hinaus. Sie befasst sich beispielsweise nicht nur mit dem Ziel, einen funktionsfähigen Auseinandersetzungsprozess zu gestalten – dies bedingt die rechtliche Gewichtung des Aussperrungsrechts gegenüber dem Streikrecht –, sondern wirft auch die Frage auf, ob den Kampfparteien neben den privatrechtlichen Formen der Kündigung zusätzliche spezielle Kampfrechte, insbesondere ein subjektivprivates Streikrecht und Aussperrungsrecht, zur Verfügung zu stellen sind.

75) Organisatorische Regelungen ordnen nicht die materiellen Inhalte gesellschaftlicher Kommunikationsfreiheit, sondern das formale Verfahren der „kommunikativen" Grundrechtsausübung; in der „Effektuierung" der Freiheit liegt gerade die positive Substanz, *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 134, 348 f.; *Starck*, Freiheit und Organisation, 11

2. Die Garantie einer Streikfreiheit in der schweizerischen Rechtsordnung und die „moderne" Konzeption eines subjektiv-privaten Streikrechts

2.1. Streik, Aussperrung und Arbeitsverhältnis – Die in der schweizerischen Rechtsordnung herrschende Konzeption einer Arbeitskampffreiheit

2.1.1. Vorbemerkung: Der arbeitsrechtliche Arbeitskampfbegriff

Entsprechend der in der Schweiz herrschenden Meinung[1] soll in einer ersten groben Unterscheidung der arbeitsrechtliche Arbeitskampfbegriff und insbesondere Streikbegriff von anderen Arten kollektiver Arbeitsniederlegung (z.B. Studenten- und Schülerstreiks usw.) und vor allem dem politischen Streik abgegrenzt werden.
Arbeitskampf als besondere Form des Wirtschaftskampfes bezweckt die Durchsetzung günstigerer oder die Beibehaltung bestehender Arbeitsbedingungen durch wirtschaftliche Schädigung des Gegners. In einem rein arbeitsrechtlichen Streikverständnis soll sich der Streik auf die Personen des Arbeitsrechts beschränken, d.h. sich nur zwischen den Arbeitgebern und Arbeitnehmern abspielen. Der arbeitsrechtliche Streik kann strenggenommen nur ein Ziel in jenem Bereich verfolgen, welcher für die Arbeitgeber und ihre Verbände verfügbar ist, also auf dem der Arbeitsbedingungen.[2] Der Streikbegriff erfährt somit durch die Adressaten und das Kampfziel der Verbesserung der Arbeitsbedingungen eine doppelte Eingrenzung. Für *Rehbinder*[3] ist denn auch der Streik die „gemeinschaftliche Verweigerung der ge-

1) *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht 124; *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte 260; *Böni*, Der Begriff des Arbeitskampfes, 24 f.; *Förch*, Der rechtswidrige Streik 110 f.; *Wormser*, Streikartikel 10 f.; *Schluep*, Überbordungsgefahren 121, 123 und auch *Flühmann*, Auswirkung 53; *Maunz/Durig*, Kommentar z. GG, Rdn. 121 ad Art. 9 GG
2) *Rüthers*, Streik und Verfassung 14; ob der Begriff des Arbeitskampfes damit den sog. Sympathiestreik ausklammert, ist unten zu zeigen, s.u. S. 122
3) *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht 124

schuldeten Arbeitsleistung durch mehrere Arbeitnehmer zum Zwecke der Durchsetzung oder Unterstützung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden". *Schweingruber*[4] versteht unter Streik die „gemeinsame Arbeitsniederlegung seitens einer Mehrzahl von Arbeitnehmern zur Erreichung eines bestimmten, arbeitsrechtlich relevanten Zwecks.

Ein normativer Ansatzpunkt für diesen Streikbegriff könnte einmal darin gesehen werden, dass in Art. 34ter Abs. 2 BV die AVE von GAV, deren Abschluss auch durch Streik erzwungen werden kann, nur für Sachgebiete zulässig ist, die das Arbeitsverhältnis betreffen; Art. 356 OR enthält eine ungefähr gleichlautende Beschränkung. Zum andern ergibt sich umgekehrt die Unzulässigkeit eines „politischen" Streiks[5] daraus, dass die Verfassung dem Bürger wie auch den Verbänden andere Mittel zur Beeinflussung der staatlichen Willensbildung zur Verfügung stellt als den Streik (vgl. z.B. Art. 32 III BV für die Verbände). Ein rein „emanzipatives" Streikverständnis,[6] welches eine Veränderung der bestehenden rechtlichen Grundlagen der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zum Ziele hätte, ist deshalb abzulehnen.

Rüthers und ihm folgend *Seiter*[7] haben nun aber auf nicht zu unterschätzende Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen arbeitsrechtlichem und politischem Streik aufmerksam gemacht; indem sie darlegten, dass sich die politische Qualität eines Streiks nicht nur aus der an die staatliche Gewalt gerichteten Adresse, sondern auch aus der spezifischen Wirkung des Kampfmittels ergebe. So könnten Streiks wegen ihrer zeitlichen und örtlichen Ausdehnung die Interessen Dritter

4) *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte 260

5) *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht 124; *Schluep*, Überbordungsgefahren 123; *Schlatter*, Begriff des Arbeitskampfes 36 f. + 90, und *Böni* a.a.O. 39 f., 94; *Flühmann*, Auswirkung 53

6) Ein solches Verständnis vertritt z.B. *Däubler*, Grundrecht auf Streik ZfA 1973, 223 ff.; dagegen *Zollner*, ZfA 1973, 240 ff. und *Seiter*, Streikrecht 118 ff.; grundlegend auch *Rüthers*, Streik und Verfassung 79 ff., 93 ff.

7) *Ruthers*, Streik und Verfassung 85 f., 91f. und 127 ff., *Seiter*, Streikrecht, im Hinblick auf den Umschlag von arbeitsrechtlichem in politischen Streik 554 f. und *Schluep* a.a.O. 123

und der Allgemeinheit schwer in Mitleidenschaft ziehen. Für die Bestimmung des „Umschlags" vom „arbeitsrechtlichen" in „politischen" Streik können keine generellen Kriterien angegeben werden. In diesem Zusammenhang wird deutlich, welche Bedeutung dem unten näher zu behandelnden Verhältnismässigkeitsprinzip als dem Grundsatz weitmöglichster Schonung von Drittinteressen im Arbeitskampfrecht zukommen muss.[8)]

Der in dieser Arbeit verwendete arbeitsrechtliche Streikbegriff kennzeichnet sich im weiteren durch die Auffassung des Streiks als kollektives Kampfgeschehen. Er schliesst an die Auffassung des BAG vom Wesen des Streiks an, welches sich daraus ergibt, dass sich auch die Arbeitsniederlegung als „Kollektivakt" darstellt, bei dem nicht der einzelne Arbeitnehmer, sondern „die Streikenden als Gruppe" handeln.[9)] Der Streikbegriff orientiert sich also an der tatsächlichen Erscheinungsform des Streiks. Dieser Gedanke ist in der Folgezeit in einem Teil der deutschen Literatur und zwei Urteilen des BAG dahin zugespitzt worden, dass in der Anerkennung der typisch kollektiven Kampfmittel (z.B. Streik) gleichzeitig eine Beschränkung der Arbeitsvertragspartner auf diese Mittel liege.[10)] Allein das begriffliche Kriterium des „kollektiven Handelns" kann weder dazu führen die Frage der Rechtmässigkeit einer gemeinschaftlichen Ausübung einzelvertraglicher Rechte anders zu beurteilen als beim Streik, noch beide Formen rechtlich gleich auszugestalten. Eine Gleichbehandlung verschiedener Arten kollektiver Arbeitsverweigerung würde dem Streik jede eigene rechtliche Relevanz absprechen und ihn entsprechend der individualrechtlichen Arbeitskampfkonzeption allein an arbeitsvertraglichen

8) Nach den dort niedergelegten Gedanken zum Streik in lebensnotwendigen Betrieben müsste eine unerträgliche „offensichtliche" (vgl. BAGE 23, 292, 306) Gefährdung des Gemeinwohls dann anzunehmen sein, wenn durch die Folgewirkungen der Kampfmassnahmen Leben und Gesundheit der Bevölkerung gefährdet werden, s.u. S. 252 ff.

9) Vgl. BAG AP N 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Blatt 6

10) Vgl. z.B. *Reuss*, JZ 1965, 348 ff. und BAG AP N 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf und AP N 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; kritisch hierzu aber *Kraft*, Arbeitsvertrag und kollektive Kampfmassnahmen 286 ff., 287 f.; *Seiter*, Streikrecht 19 ff. ebenso *Zeuner* JZ 1962, 425 und jüngst *Ziemer*, Systematische Stellung 18 ff.

Massstäben messen.[11] Es wird aber gerade zu zeigen sein, dass sich der Arbeitskampf als Kollektiverscheinung auch im schweizerischen Recht zu einem selbständigen Rechtsinstitut mit spezifischen rechtlichen Beurteilungsmassstäben entwickeln lässt.
Wie also das tatsächliche kollektive Begriffselement des Arbeitskampfes rechtlich zu würdigen sein wird, kann nur anhand der Schutzfunktion des Arbeitsrechts, an den normativen Zusammenhängen der schweizerischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung sowie den Anforderungen internationaler Konventionen erarbeitet werden. Begriffliche Erwägungen dürfen beispielsweise nicht die Antwort auf die Frage vorwegnehmen, ob der Streikbegriff sinnvoll auf die Erzwingung gesamtarbeitsvertraglicher Ziele beschränkt ist oder auch Kampfmassnahmen mit einzelvertraglichem Ziele zugelassen werden können, und ob die gemeinschaftliche Ausübung einzelvertraglicher Rechte wie die Massnahme des Streiks zu bewerten ist.[12]

2.1.2. Die Anerkennung einer Arbeitskampffreiheit in den Grenzen der allgemeinen Rechtsordnung durch die schweizerische Doktrin

Eine ausdrückliche Garantie des Arbeitskampfes findet sich weder in der schweizerischen Bundesverfassung und den kantonalen Verfassungen noch in der Gesetzgebung. Allein Art. 357a Abs. 2 OR regelt die relative, auf die Gegenstände des GAV beschränkte Friedenspflicht der Vertragsparteien und lässt somit den Arbeitskampf als Mittel zur Regelung der Arbeitsbedingungen zu.
Der Arbeitskampf wird auch von der schweizerischen Doktrin unbe-

11) So die Konzeption von *Nikisch*, Arbeitsrecht II, 156 ff., vgl. aber z.B. die Kritik bei *Moll*. Zum Verhältnis von Streik und kollektiv ausgeübten Zurückbehaltungsrechten RdA 1976, 101 f.

12) Die rechtliche Wertung von „wildem" und gewerkschaftlichem Streik weiter unten S. 183 ff. wird über die notwendigen Unterscheidungsmerkmale zwischen Streik und gemeinschaftlicher Ausübung einzelvertraglicher Rechte Aufschluss geben können; zur Bedeutung der Begriffe „kollektiv" und „kollektivrechtlich" vgl. *Seiter*, Streikrecht 20 ff.

stritten als erlaubt angesehen. Unterschiede lassen sich allein in der normativen Rechtfertigung von Streik und Aussperrung feststellen.
Die Mehrzahl der schweizerischen Autoren stellt heute einen engen Bezug zwischen dem Arbeitskampf und der in Art. 56 BV garantierten Vereinsfreiheit her,[13] welche nach h.M.[14] auch den engeren Begriff der Koalitionsfreiheit mitumfasst. Durch Art. 56 BV wird also nach herrschender Ansicht einmal die individuelle Freiheit, einen Arbeitsverband zu gründen oder einem bestehenden beizutreten und sich darin zu betätigen[15] (positive Koalitionsfreiheit) oder einem Arbeitsverband fernzubleiben (negative Koalitionsfreiheit) sowie die Freiheit des Arbeitsverbandes als solcher (kollektive Koalitionsfreiheit) gegenüber staatlichen Eingriffen geschützt.[16] Die Autoren, welche das Recht der Streikausübung implizit aus der Koalitionsfreiheit ableiten, stellen darauf ab, dass eine Koalition nur dann die Interessen der sonst auf sich gestellten Arbeitnehmer wirksam verteidigen könne, wenn auch tatsächlich Kampfmassnahmen ergriffen werden können. Die Durchführung eines Arbeitskampfes ohne Bildung einer Koalition liesse sich nicht denken.[17] Da die Arbeitnehmer sich zum Schutze ihrer Interessen zusammenschliessen dürften, müssten sie auch die Möglichkeit haben, wirkam auf den Arbeitgeber Druck auszuüben.
Der Verbindung von Arbeitskampfrecht und Koalitionsfreiheit wird

13) Vgl. *Kägi*, Koalitionsfreiheit 43; *Favre*, Droit constitutionel suisse, Fribourg 1966, 311; *Aubert*, Traité de droit constitutionel suisse, Neuchâtel 1969, N 1745, 2136; *Hug*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme moderner Demokratie, 177 ff.; *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht 116; *Zanetti*, Gewerkschaftsfreiheit RdA 1973, 77 ff., 81; *Schweingruber*, Kommentar, 17; *Marmier*, Droit de négociation, 138 und weitere Hinweise bei *Schluep*, Überbordungsgefahren 112, Fn 21

14) *A.A. Fleiner/Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, 382 N 42 und *Huber*, ZbJV 1947, 19; zur älteren Lehrmeinung vgl. die Angaben bei *Kägi*, Koalitionsfreiheit, 85, Fn 40, 87; siehe auch die Hinweise bei *Schluep*, a.a.O. 113, Fn 21; für die Streikfreiheit als Folge der Koalitionsfreiheit treten heute besonders auch ein: *Zanetti*, Gewerkschaftsfreiheit, 81; *Schluep*, 113; *Marmier*, a.a.O. 44, 80, 139/141 („implicitement reconnu"); *Vestuti*, Sciopero, 48; nicht ganz deutlich *Flühmann*, 49 und *Rehbinder*, a.a.O. 117; a.A. *Wormser*, 19

15) *Hug*, Koalitionsfreiheit, 181

16) *Rehbinder*, a.a.O. 116 und *Marmier*, a.a.O. 80

17) Das Streikrecht erscheint insofern als notwendiges Korrelat zur Koalitionsfreiheit, dient zur Erfüllung der Ordnungsaufgabe der Gewerkschaften am Arbeitsmarkt, *Rehbinder*, a.a.O. 125 (und ältere Lit., a.a.O. bei *Kägi*)

u.a. entgegenhalten, der Konnex sei nicht zwingend, da die Koalition auch ohne das Koalitionsmittel Arbeitskampf wirksam für die beruflichen Interessen der Arbeitnehmer eintreten könne. Andere Autoren bezweifeln,[18] ob wegen der Art. 56 BV angefügten Beschränkung sowie des Unterschiedes zwischen Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, letztere von der Verfassung garantiert werde. Der Schutz der Koalitionsfreiheit vor Beeinträchtigungen durch Private sei sicherlich nicht erfasst. *Kägi*[19] nimmt sogar an, dass selbst bei Annahme einer Drittwirkung der Koalitionsfreiheit Einschränkungen der Kampffreiheit verfassungswidrig sein müssten.

Kann aber nach Ansicht dieser Autoren die Arbeitskampffreiheit nicht als Bestandteil der Koalitionsfreiheit aufgefasst werden, so müsste das Institut des Arbeitskampfes als gewohnheitsrechtlich oder als Ausfluss der allgemeinen Handlungs- und individuellen Vertragsfreiheit anerkannt gelten.[20]

Kägi[21] spricht hier von einer „unqualifizierten Freiheit", die sich im Rahmen des Unverbotenen bewegt und ihre Grenzen im Verbotenen findet. Nach dieser Auffassung sind Arbeitskämpfe grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise verboten. Arbeitskampffreiheit beschreibt also eine Rechtslage, die sich darin erschöpft, dass etwas nicht verboten, nicht strafbar ist.[22]

Als unqualifizierte, unbenannte Freiheit muss die Arbeitskampffreiheit aber jederzeit ihre Grenze in den qualifizierten, ausdrücklichen Rechtsnormen finden. Mangels einer speziellen Arbeitskampfgesetz-

18) Dies ist die ganz überwiegende Meinung der Doktrin und wird auch von denen vertreten, die die Koalitionsfreiheit als von Art. 56 BV erfasst ansehen

19) Diese Ansicht von *Kägi* ist aber nicht haltbar; zur Begründung vgl. s.u. S. 41 ff.

20) *Kägi*, Koalitionsfreiheit, 91 ff. und dieser Ansicht auch *Wormser*, Streikartikel 25; wenn *Wormser* diese Auffassung als h.M. bezeichnet, kann ihm nur insofern zugestimmt werden, als die Vertreter einer von der Koalitionsfreiheit erfassten Streikfreiheit aus dieser Auffassung keine privatrechtlichen Folgerungen ziehen, s.u. S. 50 ff.

21) *Kägi*, 91; so auch schon die Arbeitsrechtsliteratur der Weimarer Republik *(Bühler*, Arbeitsrecht 1926) hierzu *Seiter*, Streikrecht, 61 f.; zum Unterschied zwischen unqualifizierter Freiheit auch *Marmier*, 140

22) Zur Kritik an der deutschen Lehre, welche über die Ansicht einer sog. Einrichtungsgarantie als „Konnexgarantie" zur Koalitionsfreiheit zum gleichen Ergebnis kommt, vgl. *Seiter*, 85 f.

gebung befinden demnach auch die allgemeinen Grundsätze der Rechtsordnung über die Rechtmässigkeit eines Arbeitskampfes.[23] Die Kampfmittel werden somit begrenzt durch die Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts (Art. 319 ff. OR) und der unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff. OR)[24] sowie durch verschiedene Deliktstatbestände des Strafrechts (z.B. Nötigung Art. 181 StGB und Hausfriedensbruch Art. 186 StGB).[25]

Im weiteren bilden die vertragliche Friedenspflicht der GAV-Parteien (Art. 357b OR) sowie die ausdrücklichen Verbotsbestimmungen des Beamtengesetzes und der kantonalen und eidgenössischen Einigungsgesetze Grenzen des Streikrechts.[26]

Der Grundsatz der Kampffreiheit muss heute in der Schweiz als herrschend bezeichnet werden.[27] Im Hinblick auf das Arbeitsvertragsverhältnis bedeutet das Verständnis der Kampffreiheit praktisch, dass die Arbeitsniederlegung nur nach vorheriger Kündigung vertragsge-

23) *Tschudi*, Arbeitsfrieden, 109; *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 263

24) Der Arbeitskampf wird aber, da er von der Rechtsordnung erlaubt wird, nicht an sich schon als gegen die guten Sitten verstossend angesehen. Zur Erfüllung von Art. 41 Abs. 2 OR müssen besondere Voraussetzungen erfüllt sein, vgl. *Oser-Schönenberger*, Das OR, ad Art. 41 N 45-46 und N 49 ff.; *Wormser* 41;

25) Die schweizerische Strafrechtsdoktrin ist sich einig (vgl. *Stratenwerth*, Besonderer Teil des Strafrechts, Bd. I, Bern 1973, 92), dass die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale der Nötigung und Drohung nicht schon die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ohne weiteres indiziert. Die Androhung von Nachteilen bei Arbeitskämpfen wird als sozialüblich angesehen *(Stratenwerth* ebd.). Zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit knüpft das Strafrecht an die zivilrechtliche Boykottrechtsprechung des BGer an (96 IV 62). – Aus der kantonalen Rechtsprechung lassen sich nur einige Fälle anführen, in denen nicht die Streikteilnahme an sich, sondern die anlässlich eines Streiks angewandten Kampfmittel unter Strafe gestellt wurden (BlfZR 33, 137; 33. 153; SJZ 31, 154; vgl. *Stein*, Die Beurteilung der Streikenden nach schweizerischem Strafrecht 23 und *Stampfli*, Der strafrechtliche Schutz der Arbeitsfreiheit, Bern 1942. Streikbrecherarbeit darf nicht mit Gewalt verhindert werden, Referat „Streik und Aussperrung" 8 f.

26) Gesetzlich sind Arbeitskämpfe verboten für Beamte (Art. 13, 23 BG über die Dienstverhältnisse der Bundesbeamten von 1927. Eine zeitliche Friedenspflicht ist sowohl nach dem BG über die AVE von GAV von 1956 (Art. 15) wie auch nach Art. 357a Abs. 2 OR statuiert. Eine Friedenspflicht ist auch für die Dauer eines Schlichtungsverfahrens vorgesehen (BG über die eidgenössische Schlichtungsstelle von 1949 Art. 6 und entsprechend die kantonalen Einigungsgesetze).

27) *Rehbinder*, a.a.O. 127.

mäss ist. Auch die Vertreter einer in Art. 56 BV verankerten Kampffreiheit erhoben gegen diese rechtliche Würdigung des Arbeitskampfes keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Zwar wurde in neueren Publikationen die arbeitsvertragliche Konsequenz des Vertragsbruchs als Folge des herrschenden Verständnisses des Arbeitskampfes zunehmend kritisiert,[28] aber nicht mit einem subjektiv-privaten aus der Koalitionsfreiheit abgeleiteten Streikrecht begründet; gerade ein solches könnte aber einen sanktionslosen Bruch des Arbeitsvertrages ermöglichen.[29] Das subjektiv-private Streikrecht betrifft allein die Wirkungen des Streiks auf das Arbeitsverhältnis und zeigt die Befreiung von den arbeitsvertraglichen Bindungen an. Auf den möglichen verfassungsrechtlichen Beitrag zur Lösung der arbeitsvertraglichen Wirkungen des Streiks ist noch unten einzugehen.[30]

2.1.3. Die Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf das Arbeitsvertragsverhältnis - Aussagen der schweizerischen Rechtsprechung

Die Frage, inwieweit die Teilnahme an einem Arbeitskampf ohne Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen als Vertragsverletzung aufzufassen sei, wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung äusserst selten berührt.[31] Ein erstes bundesgerichtliches Urteil[32] stammt aus dem Jahre 1890: Streikenden Arbeitnehmern, welche vom Arbeitgeber nicht eingestellt wurden, wurde von den Genfer Conseils de Prudhommes Schadenersatz zugesprochen. Das BGer hob dieses Urteil mit der Begründung auf, es könne die Meinung der Vorinstanz nicht teilen, dass ein Streik dem Dienstvertrag nicht schade und deshalb die Kündigungsfristen nicht eingehalten werden

28) Vgl. u.a. *Fluhmann*, Auswirkung 49, 59; *Gallati*, Arbeitsfriede, 130; *Marmier*, Droit de négociation, 151 usw.

29) So auch *Fluhmann*, Auswirkung 48; die schweizerische Lehre lehnt bis heute eine begriffliche Trennung von Streikfreiheit und dem zur Suspendierung des Arbeitsvertrages führenden Streikrecht ab, vgl. z.B. *Kägi*, 75 ff.

30) Vgl. s.u. S. 61 ff.

31) Der Grund wird hier vor allem in dem seit Jahren herrschenden Arbeitsfrieden gesehen, so z.B. auch *Marmier*, Droit de négociation, 150 Fn 414

32) Vgl. BGE 16, 617

müssten. In einem späteren Urteil[33] geht das BGer ohne weitere Begründung von der Meinung aus, dass jede Streikbeteiligung ohne Einhaltung der Kündigungsfristen einem Vertragsbruch gleichkomme. Danach kollidiere gerade der Ausstand der Arbeitnehmer mit der in den Dienstverträgen enthaltenen Arbeitspflicht.[34] Das gewerbliche Schiedsgericht Zürich hatte mehrmals Gelegenheit, diese Rechtsprechung des BGer zu bestätigen und zu präzisieren. In einem aus dem Jahre 1928 stammenden Falle stellte das Gericht fest:[35]

„Zweifelsohne stellt die Beteiligung des Arbeiters am Streik dem Arbeitgeber gegenüber eine Vertragsverletzung dar. Vertragsbruch wird in den meisten Fällen der anderen Vertragspartei einen wichtigen Grund im Sinne des Art. 352 OR zur sofortigen Lösung des Vertragsverhältnisses geben, er hebt den Vertrag aber nicht ohne weiteres von selbst auf. Von grosser Bedeutung für die Entscheidung dieser Frage wird die Absicht desjenigen sein, der den Vertragsbruch begeht. Der Vertrag wird dann als aufgehoben zu betrachten sein, wenn der vertragsbrüchige Teil unzweideutig die Absicht kundgibt, das Dienstverhältnis nicht mehr fortsetzen zu wollen. Anders ..., wenn es sich für ihn nur darum handelt, den Vertrag für eine Zeit zu unterbrechen, um ihn unter günstigen Bedingungen wieder fortzusetzen. Theorie und Rechtsprechung sind hier vielfach unklar und schwankend. Das Gericht steht auf dem Standpunkt, Beteiligung am Streik löse den Vertrag nicht auf, sondern unterbreche ihn nur".

Das Gericht fährt dann fort:

„Es unterliegt keinem Zweifel, dass im Eintritt in den Streik, in der einseitigen Arbeitsniederlegung, der keine Kündigung vorangegangen ist, eine so schwere Verletzung der vertraglichen Pflichten liegt, dass der Arbeitgeber den Vertrag aus wichtigen Gründen sofort auflösen kann, er ist zur sofortigen Entlassung sofort berechtigt".

Nach Ansicht des Gerichts treffen die Bestimmungen über die Folgen der Nichterfüllung Art. 99 ff. (jetzt 97 ff. OR) auf den vorliegenden Fall zu.

„Der Schuldner haftet danach für jedes Verschulden. Im Eintritt in den Streik liegt ein solches Verschulden des Beklagten. Der Dienstvertrag stellt eine en-

33) BGE 45 II 557 = Entscheid v. 11. 11. 1919; vgl. zu dieser Rechtsprechung *P. Rochat*, La grève et le contrat de travail, Lausanne 1922

34) Vgl. auch den weiteren Fall BGE 40 II 517, in welchem das BGer ebenfalls indirekt am Kündigungserfordernis festhielt.

35) Vgl: BlfZR 29 (1928) 39 g. S. 105 f; ein Exposé der kantonalen Rechtsprechung findet sich bei *Madjidi*, Le droit de grève, Genf 1955, 100 ff.

gere persönlichere Verbindung zwischen den Vertragsparteien dar als z.B. Kauf- oder Mietvertrag. Seine Grundlage ist ein gegenseitiges Treueverhältnis. Wird es verletzt, so sind die Folgen schwerer. Durch die kündigungslose Einstellung verletzt der Arbeitnehmer den Vertrag in schuldhafter Weise. Er ist deshalb grundsätzlich zum Ersatz des Schadens verpflichtet".

Das Gericht gelangte aus diesen Gründen zur Gutheissung der Klage des Arbeitgebers und stellte den zu ersetzenden Schaden nach richterlichem Ermessen fest.[36]

Ebenfalls mit dem Verhältnis von Streikbeteiligung und Arbeitsvertrag hatte sich das Gericht im Jahre 1933 zu beschäftigen.[37]

„Zur Rechtfertigung des Klagebegehrens beruft sich der Kläger auf sein Streikrecht. Er rennt damit offene Türen ein. Denn in Doktrin und Praxis ist das Streikrecht als Ausfluss des Koalitionsrechts im Sinne einer öffentlichrechtlichen Befugnis längst anerkannt. Man darf füglich noch weitergehen und zugeben, dass die Teilnahme am Streik für den Kläger eine Pflicht zur Solidarität gegenüber seinen Berufsgenossen bedeutet. Indem er ihr nachlebte, kam er jedoch in Konflikt mit der Arbeitspflicht, wie sich eine solche aus dem von ihm mit dem Beklagten eingegangenen Dienstverhältnis selbst ergab. Entschied er sich zugunsten der Solidaritätspflicht, so hatte er eben die Folgen des Vertragsbruchs auf sich zu nehmen. Dieser Standpunkt wird in Schrifttum und Rechtsprechung des Arbeitsrechts allgemein vertreten. Des weiteren herrscht die Ansicht vor, dass in der plötzlichen Arbeitsniederlegung eine so schwere Verletzung der vertraglichen Pflichten liegt, dass der Arbeitgeber das Dienstverhältnis aus wichtigen Gründen sofort lösen kann ...".[38]

Dennoch ist diese Ansicht, dass ein Streik ohne Kündigung ohne weiteres ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung bedeute, in bundesgerichtlicher und im Sinne einer kantonaler Rechtsprechung nicht ganz unwidersprochen geblieben. In einem Falle,[39] bei dem es um die rechtliche Beurteilung der Arbeitsniederlegung durch mehrere Arbeitnehmer für einige Stunden ging, hat das BGer entschieden, dass

36) In dieser Richtung weist die ständige Rechtsprechung des gewerblichen Schiedsgerichts Zürich: BlfZR 32, 80e; 30, 59e und 26, 147g; siehe auch SJZ 16 (1919/20) 64; 17, 333

37) Vgl. BlfZR Bd. 33, N 22, 85 f., 43 ff.; dieser Fall ist auch ausdrücklich genannt bei *Schulte*, Der Streik und seine zivilrechtlichen Folgen, Basel 1959, 77 f. und bei *Förch*, Der rechtswidrige Streik, Basel 1960, 54

38) Vgl. BlfZR 33, 22g; nach diesem Entscheid kann der Arbeitgeber Schadenersatz selbst dann verlangen, wenn er die Kündigung unterlassen hat.

39) Vgl. BGE 45 I 338 f. und *Oser/Schönenberger*, Das OR, N 18 zu 352 OR

eine einmalige kurze Arbeitsunterbrechung noch keinen Grund zur fristlosen Kündigung darstelle:

> ... dem Richter (der Vorinstanz) „kann jedenfalls nicht der Vorwurf der willkürlichen Verletzung von Art. 352 OR gemacht werden, wenn er eine einmalige kurze Arbeitsunterbrechung, sollte auch ausdrücklich eine hierfür erbetene Erlaubnis verweigert worden sein, nicht als derartigen Grund gelten lässt, dies umso weniger als Doktrin und Praxis im allgemeinen einem Dienstherrn nicht das Recht zusprechen, wegen einer solchen Arbeitsunterbrechung das Dienstverhältnis sogleich zu beendigen (... regelmässig wird nur die "beharrliche" oder wiederholte Arbeitsniederlegung als Grund zur sofortiger Vertragsauflösung anerkannt)".

Dabei ging das Gericht davon aus, dass

> „nach dem gesetzlichen Dienstvertragsrecht oder den besonderen das Dienstvertragsverhältnis unter den Parteien regelnden Bestimmungen, eine Arbeitsunterbrechung ... ganz offensichtlich und unverkennbar einen Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses bildete",

was es hier auf Grund der Vertragsbestimmungen verneinte.
Demgegenüber gab das Gewerbegericht Zürich 1951 zu verstehen, [40] dass in der verschärften Wirkung der kollektiven Arbeitsverweigerung ein gegenüber dem Arbeitsversäumnis eines Einzelnen erschwerendes Moment liege und dass dadurch die beim Einzelversäumnis verlangte Beharrlichkeit oder Wiederholung reichlich kompensiert werde.[41]
Allerdings kann in der früheren kantonalen Rechtsprechung eine etwas differenziertere Haltung zum Streikphänomen festgestellt werden. Haben die Arbeitnehmer "begründeterweise" gestreikt, so soll in der Arbeitsniederlegung nur ein leichtes Verschulden gesehen, eine sofortige Entlassung als unzulässig betrachtet werden. Eine der herrschenden Auffassung widerstrebende Meinung kam auch in der dissenting opinion zu einem Urteil des Solothurner Obergerichts[42] zum Ausdruck. Schon früh wurde damit eine ausführlicher begründete dog-

40) BlfZR 51 (1952) N 122 = Entscheid v. 3. 7. 1951
41) Demgegenüber steht das Zürcher Gewerbegericht in einem neueren Entscheid (BlfZR 1975, 71, S. 217 ff.) auf dem Standpunkt, dass jedenfalls eine gleichzeitige Kündigung mehrerer Arbeitnehmer keinen Grund für eine fristlose Entlassung abgeben könne.
42) Abgedruckt in SJZ 8 (1911), 223

matische Gegenposition zur h.L. deutlich: (Zit. nach Urteilsreferenten):

> „Eine Minoritat des Gerichtes erblickte in der Vertragsauflosung ohne Kündigung bei Anlass eines Streiks keinen widerrechtlichen Vertragsbruch, da aus höheren sozialen und wirtschaftlichen Interessen eine andere rechtliche Beurteilung Platz zu greifen hat. Über dem Vertragsverhältnis des Einzelnen steht das grosse, dieses weituberragende kollektive Verhältnis. Streik, Boykott und Aussperrung sind unter gewissen, von Theorie und Judikatur festgelegten Einschrankungen erlaubte Mittel in den wirtschaftlichen Kampfen der Gegenwart. Sobald aber ein Streik nur dann als rechtlich erlaubt geschützt wird, wenn die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist eingehalten wird, würde damit das Streikrecht in den meisten Fällen tatsachlich illusorisch gemacht. Gerade wahrend der Zeit, wahrend welcher die Kundigungsfrist läuft, ginge in der Regel die günstige Gelegenheit, vom Kampfmittel des Streiks Gebrauch zu machen, verloren; die Bedingungen zur Durchführung des Streiks wären nicht mehr vorhanden, die Wirkung desselben dadurch bedeutend abgeschwacht, wenn nicht ganz beseitigt. Die objektive Würdigung dieser im heutigen Staate so uberaus wichtigen sozialen und wirtschaftlichen Erscheinungen berechtigt gewiss den Richter, einen nicht grundlos vom Zaun gerissenen Streik auch im Sinne des Privatrechtes als wichtigen Grund zur kollektiven Vertragsauflösung zu erblicken und anzuerkennen".

Diese Auffassung blieb aber ganz isoliert und fand nie Anhängerschaft. Herrschende Lehre, Rechtsprechung und Minderheitsmeinung verbindet allein die Tatsache, dass ein während des Arbeitsverhältnisses ausgerufener Streik dasselbe nur „suspendiert" (unterbricht), nicht auflöst.[43] Die Frage, ob mit einer solchen Suspendierungswirkung eine Auffassung vom Vertragsbruch mit ev. folgender fristloser Entlassung vereinbar ist, stellt sich unten unter der Annahme eines verfassungsrechtlichen Streikrechts neu und wird zu verneinen sein.

43) BGE 47 II 299 und *Oser Schonenberger*, Das Obligationenrecht, N 19 zu Art. 352 OR; *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 264

2.1.4. Die rechtlichen Folgen arbeitsvertragswidriger Kampfmassnahmen nach der herrschenden Lehre

Im Einklang mit dieser Rechtsprechung steht die herrschende schweizerische Lehre[44] bis heute auf dem Standpunkt, dass Streik und Aussperrung immer eine Verletzung des Arbeitsvertrages darstellen.[45] Eine Kampfmassnahme ist erst dann rechtmässig, wenn der Streik unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfristen eingeleitet wird.
Der Streik oder die Aussperrung, die diese Voraussetzung nicht einhalten, bewirken nun aber nicht ipso iure die Beendigung des Arbeitsvertrages, sondern lassen den Vertrag und somit auch die vertraglichen Pflichten, insbesondere die Arbeitspflicht weiterbestehen. Da die arbeitsvertraglichen Pflichten somit durch die Kampfmassnahmen nicht „suspendiert" werden, vielmehr der Streik eine Vertragsverletzung bewirkt, gelangt diese Konzeption des Vertragsbruchs auch folgerichtig zur möglichen Sanktion der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund (Art. 337 OR) durch den Arbeitgeber. Über die Möglichkeit der Kündigung führt damit der Streik direkt zur Vertragsauflösung. Abgesehen vom Falle der sehr kurzen streikweisen Betätigung hat dies auch die Rechtsprechung bestätigt.
Die Arbeitnehmer können sich darüberhinaus dem Arbeitgeber gegenüber nach Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig machen, während der ohne vorherige Kündigung aussperrende Arbeitgeber nach den Regeln des Annahmeverzugs (Art. 324 OR) zur Weiterzahlung des Lohnes verpflichtet ist.[46] Daneben kann ebenfalls eine Haftbarkeit des Streikenden aus Art. 41 Abs. 2 OR[47] (Verstoss gegen die guten Sitten) in Fra-

44) *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 264; Referat „Streik und Aussperrung", 1972 (vgl. Fn 50), 5: Der Streik erscheint als Verletzung der vertraglichen Treuepflicht; *Heither* a.a.O. 84 und weitere Angaben bei *Flühmann*, Auswirkung, 58; *Rehbinder*, 129

45) Diese Lehre steht im Einklang mit der in deutscher Praxis und Lehre bis zum Urteil des BAG von 1955 vertretenen Streiktheorie vgl. *Fluhmann*, Auswirkung 21 ff. und *Reuter*, Streik als Konflikt zweier Persönlichkeitsrechte, 11 ff.; die Situation in Österreich entspricht der Schweiz vgl. *Strasser-Reischauer*, Arbeitskampf, 56 ff., 66 ff.

46) Auch die Aussperrung kann eine Verletzung des Einzelarbeitsverhaltnisses darstellen, vgl. Referat „Streik und Aussperrung", 6

47) Diese Bestimmung ist Abs. 1 vorzuziehen, *Flühmann*, 52 f.

ge kommen, wenn die von der Rechtsprechung aufgestellten besonderen Voraussetzungen (Erlaubtheit von Mittel und Zweck, Verhältnismässigkeit)[48] nicht gegeben sind.[49] Der Haftungsgrund aus Art. 41 OR wird vor allem dann relevant, wenn sich die Kämpfenden an die Kündigungsbestimmungen gehalten haben.
Die wirtschaftlich gesehen entscheidende Sanktion des Arbeitgebers gegenüber Streikenden liegt im Lohnentzug als Folge der unterlassenen Arbeitsleistung. Die h.L. begründet die Zulässigkeit des Lohnentzugs mit dem synallagmatischen Zusammenhang von Arbeitsleistung und Vergütung (Austauschcharakter).[50] Entsprechend ist der Arbeitgeber auch grundsätzlich verpflichtet – dies wird bei einem Teilstreik bedeutsam – die arbeitswilligen Arbeitnehmer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist vertragsgemäss zu entlöhnen, auch wenn er deren Leistungen infolge der den Betrieb benachteiligenden Ereignisse nicht annehmen kann.[51]

Damit erweist sich aber der Lohnentzug durch den Arbeitgeber nicht als charakteristische Folge eines durch den Streik bewirkten Arbeitsvertragsbruchs, sondern ergibt sich selbst in einer Arbeitskampfkonzeption, welche auf die „Suspendierung" der Hauptvertragspflichten, Arbeits- und Lohnzahlungspflicht, ausgerichtet ist. Gegenüber der herrschenden Vertragsbruchtheorie hat jedoch die Konzeption einer Suspendierung der Vertragspflichten und damit einer Fortdauer des Vertragsverhältnisses den Vorteil, dass die Arbeitnehmer weder einer Schadenersatzforderung aus Vertragsbruch noch einer fristlosen Kündigung aus beharrlicher Arbeitsverweigerung ausgesetzt sind und gleichzeitig die Anwartschaftsrechte gewahrt bleiben.

48) Zur Darstellung dieser Rechtsprechung vgl. s.u. S. 228 ff.
49) Treffen vertragliche und ausservertragliche Haftung in der Person des Haftpflichtigen zusammen, so ist nach h.M. die Alternativität der Rechtsbehelfe zu vermuten. Es steht also im Ermessen des Berechtigten, ob er aus Art. 41 OR oder Art. 97 OR vorgeht, vgl. *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 202
50) Referat „Streik und Aussperrung", 5; so *Söllner*, Arbeitsrecht 95 f. und AcP 1967, 132 ff. und die Angaben bei *Seiter*, 294 f.
51) Referat „Streik und Aussperrung", 5/6; entsprechend *Söllner*, Arbeitsrecht, 96 und *Oser/Schönenberger*, Das OR, Art. 332, N 13; a.A. aber *Rehbinder*, a.a.O. 129: „Wird durch den Ausfall der Streikarbeit die Arbeitsleistung unmöglich, entfällt nach der Sphärentheorie der Lohnanspruch, weil die Betriebsstörung aus der Sphäre der Arbeitnehmer herrührt". Hierzu ausführlich *Rehbinder* a.a.O., 52 f.

2.2. *Kritik an der individualrechtlichen Vertragsbruchtheorie und dogmatische Lösungsversuche in der schweizerischen Doktrin*

2.2.1. Unzweckmässige Bindung des Streikvorgangs an eine vorgängige Kündigung

Der in der Schweiz herrschenden Lehre muss vorgehalten werden, dass ein Streik, dem eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse vorausgehen muss, keine hinreichende Durchschlagskraft hat. Einmal liegt zwischen der Kündigungserklärung und der Kündigungswirkung ein längerer Zeitraum und zum andern können die Arbeitnehmer aufgrund der unterschiedlichen Kündigungsfristen die Arbeit nicht gemeinsam niederlegen. Bei konjunktureller Depression und hohen Arbeitslosenziffern könnte ein Arbeitgeber den Streik schon dadurch weitgehend wirkungslos machen, dass er noch vor Streikbeginn grössere Teile seiner Belegschaft nach und nach ersetzt.[52] Die Auseinandersetzung um das Streikrecht und seine Begründung wäre überdies überflüssig, wenn die Arbeitnehmer kündigen müssten, um streiken zu können; denn die Arbeitspflicht besteht bei Eintritt der Kündigungswirkung ohnehin nicht mehr. Arbeitnehmer können insofern überhaupt nicht mehr „streiken".[53] Es entspricht auch regelmässig überhaupt nicht den Intentionen der Arbeitnehmer, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Der Streik will lediglich eine zeitweilige Unterbrechung der Arbeit ohne Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses und seiner Pflichten mit der Möglichkeit der Wiederaufnahme der Arbeit bewirken, während die Kündigung ein auf Dauer angelegtes Rechtsverhältnis beenden will.

Wird demnach die Streikeröffnung vom Ablauf einer Kündigungsfrist abhängig gemacht, so wird dem Streik weitgehend die zur erfolgreichen Zielerreichung meist unerlässliche Schlagkraft, insbesondere auch

52) Zur Kritik der h.L. vgl. insbesondere *Böni*, Begriff des Arbeitskampfes, 151 ff.; *Gallati*, Arbeitsfriede, 130; *Flühmann*, Auswirkung, 59 ff.; ebenso *Söllner*, Arbeitsrecht, 94 f.

53) *Söllner*, Arbeitsrecht, 95; *Böni*, a.a.O. 118 ff.; *Schulte*, Der Streik und seine zivilrechtlichen Folgen, 80 ff.: *Wormser*, Streikartikel, 32

das Überraschungsmoment genommen.[54] Die Bindung der Kampfmassnahmen an Kündigungsfristen stellt damit eine erhebliche Beeinträchtigung der taktischen Möglichkeiten dar.

Dem Einwand der h.L., dass im Hinblick auf die in der Regel nach Abschluss des Arbeitskampfes vereinbarten Wiedereinstellungsklauseln die negativen Folgen des Streiks nicht überbewertet werden dürfen,[55] kann nicht zugestimmt werden. Da keine gesetzlich oder richterrechtlich festgelegte Wiedereinstellungspflicht nach Beendigung des Arbeitskampfes besteht,[56] muss das gleichzeitige Fehlen eines materiellen Kündigungsschutzes[57] für den Arbeitnehmer empfindlich spürbar werden. Mangels Einigung auf eine Wiedereinstellungsklausel, welche durch die grundsätzlich negative rechtliche Wertung der Kampfmittel vorbelastet ist und somit auch nicht durch rechtlich zulässige Weiterführung des Kampfes erzwungen werden kann,[58] könnte sich der Arbeitgeber zumindest einzelner Arbeitnehmer,[59] die am Streik teilgenommen haben, durch fristlose Entlassung entledigen. Eine gesetzliche Regelung würde diese negativen Folgen nicht nur vermeiden, sondern könnte gleichzeitig auch die Voraussetzungen festlegen, unter denen ausnahmsweise eine Pflicht zur Wiedereinstellung z.B. aus Rationalisierungsgründen abzulehnen wäre.[60]
Die Lösung des Verhältnisses von Streik und Arbeitsverhältnis wäre also einmal auf dem Wege zu erreichen, dass die negativen Folgen des Vertragsbruchs durch eine rechtlich festgelegte Wiedereinstellungspflicht gemildert oder aufgehoben würden. In Übereinstimmung mit der h.L. in Deutschland wird aber auch in der Schweiz zunehmend

54) *Böni*, Begriff 118 f. und *Seiter*, Streikrecht, 188; vgl. zusammenfassend BAGE 1, 291 ff. (1955) in JZ 1955, 390
55) Hierauf verweist z.B. *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 264
56) Diese Verpflichtung stellt aber gerade die Sozialcharta in Art. 6 N 4 auf, vgl. Conclusions I, 40 f. und s.u. S. 81 ff.
57) So auch *Flühmann*, Auswirkung, 59
58) Eine Wiedereinstellungsklausel müsste aber gerade als zulässiges Ziel eines gewerkschaftlich geführten Streiks angesehen werden, vgl. *Seiter*, a.a.O. 488 ff.
59) Könnte überhaupt eine „herausgreifende" Einzelkündigung als zulässig bewertet werden?
60) Vgl. den leading-case des BAG von 1971, RdA 1971, 189 und *Flühmann*, Auswirkung, 66

die Auffassung vertreten, dass in der Konzeption eines subjektiv-privaten Streikrechts die einander gegenüberstehenden arbeitsvertraglichen Hauptpflichten, Arbeits- und Lohnzahlungspflicht für die Dauer des Arbeitskampfes suspendiert werden sollten. Danach könnte die Ausübung des Streikrechts nicht zugleich ein rechtswidriger Bruch des Arbeitsvertrages sein. Diese Folgerung liegt schon deshalb nahe, wenn man die unterschiedliche rechtliche Wertung des Arbeitskampfes nach Art. 41 OR – der Arbeitskampf ist insoweit nicht an sich schon rechtswidrig, vgl. auch das BAG AP N 47 zu Art. 9 GG, wo die Vermutung für die grundsätzliche Rechtmässigkeit des Arbeitskampfes ausgesprochen wird – und im Arbeitsvertragsrecht vergleicht. Angemerkt sei noch in diesem Zusammenhang, dass durchaus unter Bedingungen der Vollbeschäftigung Fallkonstellationen eintreten können, in welchen durch eine kollektiv ausgeübte Kündigung eine ähnliche Druckwirkung auf den Arbeitgeber erzeugt werden kann wie bei einem Streik. Der Arbeitgeber kann hier Gefahr laufen, Arbeitnehmer mit längeren Kündigungsfristen weiterbeschäftigen bzw. bezahlen zu müssen, auch wenn er sie wegen des Ausscheidens der übrigen nicht mehr beschäftigen kann. In diesen Fällen werden die Arbeitnehmer meist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in Aussicht stellen, wenn es zu einer Einigung über neue Vertragsbedingungen kommen sollte.[61]

2.2.2. Unzureichende Legitimation des Arbeitskampfes in einer allgemeinen Handlungsfreiheit

Arbeitskampffreiheit versteht sich in der herrschenden schweizerischen Lehre als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit, der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit[62] und tritt damit in eine enge Beziehung

61) Man spricht in der deutschen Lehre von „Massenänderungskündigung" oder „Kampfkündigung", vgl. *Seiter*, 388 und *Kraft*, Arbeitsvertrag und kollektive Kampfmassnahmen, RdA 1968, 387

62) Vgl. *Kägi*, Koalitionsfreiheit, 94, 98; *Wormser*, Streikartikel, 25; *Flühmann*, 48 f. verwischt die Unterschiede zwischen einer dogmatischen Rechtfertigung des Streiks in einer Handlungsfreiheit und der Koalitionsfreiheit.

zur persönlichen Freiheit.[63] Auch in Deutschland wurde der Arbeitskampf in der Weimarer Republik und in den 50er Jahren unter den Schutz der allgemeinen Entfaltungsfreiheit des Menschen gestellt.[64] Heute wird aber nach ganz überwiegender Auffassung in Deutschland der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitskampfes nicht mehr aus Art. 2 Abs. 1 GG sondern aus der in Art. 9 Abs. 3 GG statuierten Koalitionsfreiheit abgeleitet.[65] Dies bedarf der Begründung: Arbeitskampf dient nicht, wie die Zuordnung zur Handlungs-, Vertrags- oder persönlichen Freiheit vermuten liesse, der Persönlichkeitsentfaltung. Um der Gestaltung des sozialen Lebens willen wird der Arbeitskampf nicht vom Einzelnen, sondern vom Kollektiv geführt. Zwar stellt sich Streikfreiheit sicherlich als Ausdruck eines elementaren Freiheitsbedürfnisses dar, indem ein bestehendes Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beseitigt und divergierende Interessen zum Ausgleich gebracht werden sollen. Die Möglichkeit, „Privatautonomie auf kollektiver Ebene" wiederherzustellen, trägt sicherlich auch den Gedanken der Selbstbestimmung und der Menschenwürde in sich.[66] Das Streikgeschehen aber rechtlich in einem individuellen Persönlichkeitsrecht aufgehen zu lassen, hiesse den Blick allein auf die Einzelhandlungen der am Streik Beteiligten richten und den Zugang zum Wesen des Gesamtvorganges verlieren.[67] Der eigentliche Sinngehalt des sozialen Geschehens, die ausgeprägte Funktion des Streiks im gesellschaftlichen Ordnungsgefüge darf nicht verkannt werden. Streik ist kollektives Kampfmittel und wirksames Machtinstrument in der

63) So anlässlich der Streikgesetzdebatte im bernischen Grossen Rat anfangs des 20. Jh.'s, vgl. *Kägi*, Koalitionsfreiheit 94

64) Vgl. die Angaben bei *Rüthers*, Streik und Verfassung, 15, Fn 64

65) Zur heute h.L. in Deutschland vgl. die umfassenden Literaturangaben bei *Seiter*, Streikrecht, 67 f., Fn 62

66) Vgl. *Hueck*, Die Grenzen des rechtmässigen Streiks in FS Herschel, 1955, 40 und *Seiter*, a.a.O. 98. Menschenwürde bedeutet nun auch Sicherung menschengerechter Arbeitsbedingungen. Arbeitskampf ist aber in seiner Zielsetzung heute weit darüber hinausgelangt. Arbeitskampf zudem wie *Däubler*, ZfA 1973, 201 ff. als Anweisung „zur Ermöglichung optimaler Selbstbestimmung" aufzufassen, müsste ausgehend von einem „emanzipativen" Streikrechtsverständnis die Grenzen zum politischen Streik verwischen.

67) So *Rüthers* eindrücklich, a.a.O. 18 f.

Auseinandersetzung der sozialen Kräftegruppen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Die diesem Instrument auch innewohnenden Gefahren für die Allgemeinheit können nicht in einer „natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen" ihre Rechtfertigung finden. Allgemeine Handlungsfreiheit kann nicht unbegrenzt auch Freiheit zum Arbeitskampf, zur Selbsthilfe durch Machtausübung bedeuten.[68] Eine solche Freiheit müsste sich nicht nur an den Rechten Dritter stossen, sondern dürfte auch keinesfalls der wirtschaftlichen und sozialen Funktion[69] des Arbeitskampfes gerecht werden. Der Staat hat sich nicht in einem sonst lückenlosen System des Rechtsschutzes zugunsten einer unbegrenzten kollektiven Selbsthilfe seiner grundsätzlichen Eingriffsbefugnisse in die Regelung der Arbeitsbeziehungen begeben, sondern Arbeitskampf um seiner Aufgabe im sozialen Ganzen willen zur Sicherung und Stärkung der Tarifautonomie gewährt.
Arbeitskampf bedarf der besonderen Legitimation.[70] Sie findet sich, der Funktion des Arbeitskampfes entsprechend, in der Garantie der Tarifautonomie durch die Koalitionsfreiheit. Arbeitskampf lässt sich somit nicht als Ausfluss einer in der Schweiz verfassungsrechtlich nicht garantierten Vertragsfreiheit auffassen, da Arbeitskampf gerade die Nachteile individueller, liberaler Privatautonomie ausgleichen will. Arbeitskampf lässt sich aber auch nicht dem ungeschriebenen Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit zuordnen. Die zum Wesen und zur Funktion des kollektiven Kampfes gemachten Bemerkungen lassen es überflüssig erscheinen, auf die von einem Teil der schweizerischen Lehre aufgeworfene Problematik der „Lückenhaftigkeit der

68) *Söllner*, Arbeitsrecht, 77; dies verkennt gerade *Reuter*, Streik als Konflikt zweier Persönlichkeitsrechte, 49 ff., der den Streik in einer engen Verbindung mit der rechtstechnischen Konstruktion des Selbsthilferechts sieht. Überhaupt kann nach der hier verfolgten Auffassung der Streik nicht als Konflikt zweier Persönlichkeitsrechte verstanden werden.

69) *Rüther*, Streik und Verfassung, 18 und *Schluep*, Überbordungsgefahren, 112, 117 ff. und ausführlich hierzu s.u. S. 108 ff.

70) *Söllner*, Arbeitsrecht, 77 und *Schluep* a.a.O. 112

Grundrechtsordnung" und einer „allgemeinen Handlungsfreiheit",[71] deren Bestätigung auch in der neueren Rechtsprechung des BGer gesehen wurde,[72] näher einzutreten. Arbeitskampf kann sich in seiner Legitimation nicht darin erschöpfen, dem Menschen eine „elementare Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung" zu vermitteln.[73] Dies hindert aber nicht, bestimmte Formen von Kampfmassnahmen wie z.B. eine kollektiv ausgeübte Kündigung oder Leistungsverweigerung auch als Ausfluss der dem Individuum zustehenden Privatautonomie zu charakterisieren.[74]

2.2.3. Die Übertragung der „Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage" auf die Arbeitskampfproblematik in der schweizerischen Doktrin – zulässiger Weg zur Rechtfertigung eines suspendierenden Streikrechts?

In der schweizerischen Doktrin hat *Böni*[75] den Versuch unternommen, im Rückgriff auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage die Suspendierung arbeitsvertraglicher Pflichten durch Kampfmassnahmen zu rechtfertigen. *Böni* hält es mit dem Schutzprinzip des Arbeitsrechts für unvereinbar, dass ein Arbeitnehmer zunächst den Arbeitsvertrag auflösen muss, um dadurch eine soziale Besserstellung un-

71) Das BGer geht auf die in der schweizerischen Verfassungsrechtsdoktrin ausgetragene Kontroverse in BGE 97 I 49 f. ausführlich ein (mit Literaturangaben); vgl. hierzu auch neustens zusammenfassend *W. Haller*, Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges Recht, ZSR 1976, Bd. 95, 113 ff.

72) *Huber*, Die persönliche Freiheit, in SJZ 69, 1973, 113 ff.; a.A. aber *Müller*, Besprechung von BGE 97 I 49, in ZSR 91 I (1972) 209 ff. und ders., ZSR 116, Bd. 94, (1975), 375 f.

73) Das BGer hat in seiner jüngsten Rechtsprechung den Schutzbereich der persönlichen Freiheit dahingehend präzisiert, dass „auch im Rahmen des erweiterten – nicht auf Bewegungsfreiheit und körperliche Integrität beschränkten – Grundrechts der persönlichen Freiheit nur elementare Möglichkeiten, die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlich sind, und jedem Menschen zustehen sollten, geschützt sind. Auch in den von *Grisel*, La liberté personelle et les limites du pouvoir judiciaire, in: Revue internationale du droit comparé, Paris 1975, 549, 567 ff., aufgeführten Katalog von möglichen der persönlichen Freiheit zuzuordnenden Freiheiten kann die Arbeitskampffreiheit nicht adäquat eingereiht werden.

74) Dem Gesagten steht auch nicht entgegen, dass die Teilnahme des Einzelnen am gewerkschaftlich geführten Streik auf seiner persönlichen Entscheidungsfreiheit beruht, *Ruthers*, Streik und Verfassung 18

75) *Boni*, Begriff, 151 ff.

ter Gefährdung seiner Existenz zu erreichen. Das schweizerische Recht anerkenne aber ausnahmsweise die Möglichkeit, einen Vertrag infolge einschneidender Veränderung der Verhältnisse seit Vertragsabschluss auflösen zu können.[76] Sich nun bei tiefgreifender Veränderung der Verhältnisse auf die clausula rebus sic stantibus berufen zu wollen, müsste zur Vertragsauflösung führen und somit wieder dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip widersprechen. Auch eine richterliche Anpassung des Vertrages könne nicht in Frage kommen, da es sich bei den üblicherweise zu Kampfsituationen führenden Streitfragen regelmässig um Hauptverpflichtungen handle. Versage aber die richterliche Funktion der Vertragsanpassung, so müsse es dem durch die veränderten Umstände betroffenen Arbeitnehmer selbst überlassen bleiben, durch das Mittel des Streiks eine vertragliche Neuregelung der Arbeitsbedingungen zu erreichen. Die rechtliche Rechtfertigung des individualrechtlichen Vertragsbruchs ergebe sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem die Arbeitnehmer „eine Art Einrede der Unzumutbarkeit" der Vertragserfüllung entnehmen könnten.[77]

Der von *Böni* angeführten Rechtfertigungstheorie eines suspendierenden Streikrechts ist zunächst einmal zu entgegnen, dass die an die Berufung auf die clausula rebus sic stantibus geknüpften Voraussetzungen regelmässig besonders tiefgreifende Veränderungen[78] ansprechen,

76) Vgl. *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 50

77) In seiner Konstruktion lehnt sich *Boni* stark an *Bydlinski*, Vertragsrecht und Arbeitskampf, in ÖZföffR 8, 1957, 300 ff., 357 ff. und *Tomandl*, Streik und Aussperrung, 255 ff., 311 an. *Tomandl* will z.B. eine arbeitskampfweise Änderung der Arbeitsbeziehungen dann zulassen, wenn eine Situation vorliegt, die „billigerweise nach Änderung" verlangt. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 366 will die Arbeitnehmer dann nicht mehr an eine gesamtarbeitsvertragliche Friedenspflicht gebunden wissen, wenn sich die sozialen Verhältnisse gegenüber einer bestehenden Koalitionsvereinbarung schlechthin geändert haben und ein Festhalten an diesen unzumutbar geworden ist. (Zum Problem des wilden Streiks vgl. u. S. 154 ff.)

78) *Guhl*, a.a.O. 50, 275

welche bei den in einem Arbeitskampf gestellten Forderungen kaum einmal vorliegen.[79] Auch *Flühmann*[80] ist der Ansicht, dass sich kaum ein im Arbeitskampf verfolgtes Anliegen vorstellen lasse, dessen zugrundeliegende Situationsveränderung so gravierend wäre, um eine Berufung auf Art. 2 ZGB rechtfertigen zu können. Die Überprüfung von wesentlich veränderten sozialen Verhältnissen am Massstab der Unzumutbarkeit müsste auch den Richter regelmässig überfordern und im Ergebnis zu einer Kontrolle der materiellen Gebotenheit der Forderungen der Arbeitnehmer selbst führen; dies wäre unzulässig[81] und wird auch von *Böni* abgelehnt. Der Grundsatz der Vertragstreue kann also nicht unter Berufung auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage durchbrochen werden.

2.2.4. Die Theorie des „offenen" Arbeitsvertrages nach Zeuner und Otte und die schweizerische Fortentwicklung durch Flühmann.

Der funktionelle Zusammenhang zwischen individuellem Arbeitsvertrag, kollektivem Arbeitsvertrag und Arbeitskampf soll bei *Zeuner*, *Otte* und anderen Autoren [82] die suspendierende Wirkung des Arbeitskampfes auf das Arbeitsvertragsverhältnis erklären. *Zeuner* geht davon aus, dass die Arbeitsbedingungen durch den Einzelarbeitsvertrag nicht allein und endgültig festgelegt, sondern von der günstigeren Tarifvertragsregelung ergänzt und verdrängt werden. Der Arbeitsvertrag begründe damit selbst immer nur eine „vorläufige und offene" Ordnung. Eine „geschlossene Ordnung" könne nur entstehen, wenn zur einzelvertraglichen Wertung diejenige des Tarifvertrages hinzutrete. *Zeuner* muss es nun als innerer Widerspruch erscheinen, „eine unbedingte Arbeitspflicht aus dem Vertrag gerade dort ableiten zu

79) Z.B. *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht, 1970, 203 f.; *Rüthers*, Rechtsprobleme des wilden Streiks, Stuttgart 1971, 7 f. und *Flühmann*, Auswirkung, 62 f.
80) *Flühmann*, a.a.O. 63
81) Vgl. u. S. 240
82) *Zeuner*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag, JZ 1962, 425 ff.; *Otte*, das subjektiv-private Arbeitskampfrecht, 86ff.; vgl. auch *Promberger*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag, 1967, 72 ff. und *Brox/Ruthers*, Arbeitskampfrecht, 220; zu früheren Autoren vgl. die Ausführungen bei *Reuter*, Konflikt, 23 ff.; ebenso *Flühmann*, Auswirkung, 30 ff.

wollen, wo von Rechts wegen die Konsequenzen daraus zu ziehen sind, dass er zur Schaffung einer abschliessenden Ordnung der Arbeitsbeziehungen nicht ausreicht".[83] Diene nun der Tarifvertrag als Korrektur des Einzelarbeitsvertrages dem Kräfteausgleich zwischen den Parteien und sei hierzu der Streik als Funktionsbedingung des Tarifvertrages erforderlich, so könne dem Arbeitnehmer die einzelvertragliche Arbeitspflicht deshalb nicht entgegengehalten werden, weil durch den Tarifvertrag gerade eine Ergänzung und Anpassung des Arbeitsvertrages angestrebt werde.

Ebenso vertritt auch *Otte* die Ansicht, dass der „Arbeitsvertrag", welcher mangels „Richtigkeitsgewähr" von der Rechtsordnung nicht als einziges Gestaltungsmittel im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer anerkannt werden könne, „berichtigungsbedürftig sein müsse"; der Arbeitsvertrag müsse als Rechtsinstitut auf die Änderung und Ergänzung seines Inhaltes durch Tarifvertrag hin angelegt sein.[84] Die Suspendierungswirkung wird hier als Folge der Teilhabe des Arbeitskampfes an der Berichtigungs- und Korrekturfunktion des Tarifvertrages gegenüber dem Arbeitsvertrag konstruiert. Die Berichtigungs- und Korrekturfunktion erfolgt durch das gesamte, Tarifvertrag und Arbeitskampf umfassende „Tarifvertragssystem", welches zumindest in seinem Wesensgehalt verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG garantiert sei. *Otte* kommt schliesslich zur Forderung, dass „der Arbeitsvertrag generell so zu interpretieren sei, dass er sich mit dem Wirken des Kollektivvertrages vertrage", insbesondere eine Anpassung an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zulasse.[85]

Der Theorie des „offenen Arbeitsvertrages" ist nun vor allem vorzuhalten, dass der Vorgang der Suspendierung der Arbeitsvertragspflichten durch Arbeitskampf dogmatisch weitgehend unklar bleibt. Zur

83) *Zeuner*, a.a.O., 426 f.

84) (Entsprechend *Otte*, a.a.O. 108). Hierdurch wird eine der gegenseitigen Durchdringung von Kollektiv- und Individualrecht im Arbeitsverhältnis entsprechende „Synthese" zwischen diesen Rechtskreisen möglich, vgl. *Ruthers*. Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmassstäben im Arbeitskampfrecht, in AuR 1967, 129ff.; vgl. auch *Seiter*, Streikrecht, 47, 273 und *Zeuner*, JZ 1962, 425

85) *Promberger*, Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag, München 1967, 73

Begründung der Suspendierung müsste man im Wege der Rechtsanalogie zum gesetzlich begründeten Vorrang der Tarifnormen vor dem Einzelarbeitsvertrag der Kampfbeteiligung der Arbeitnehmer den Vorzug vor den einzelvertraglichen Pflichten einräumen. Dies erscheint aber m.E. nur möglich, wenn der funktionelle Zusammenhang von Arbeitskampf und Tarifvertrag auch normativ aus der bestehenden Rechtsordnung ableitbar ist. Sollte sich aber ein solcher Zusammenhang (auch für die schweizerische Rechtsordnung) schon ausdrücklich oder implizit aus der Verfassung ergeben, müsste man sich die Frage stellen, ob nicht ein subjektiv-privates Streikrecht direkt aus der Verfassung ableitbar wäre. Auch die von *Promberger* postulierte „Vorauswirkung des tariflichen Unabdingbarkeitsprinzips", welche besagt, dass der Einzelvertrag nicht nur der Durchführung, sondern auch der Herbeiführung des Tarifvertrags nicht entgegenstehen könne,[86] kann den Mangel einer rechtlichen Grundlage der Suspendierungswirkung nicht überdecken. *Flühmann* spricht denn auch deutlich aus, dass der Mangel einer rechtlichen Basis für die Suspendierung nicht übersehen werden könne.[87]

Flühmann möchte nun demgegenüber prüfen,[88] „ob der individuelle Arbeitsvertrag in seinem heutigen Verständnis tatsächlich die Suspendierung der Arbeitsverhältnisse als Mittel zur Erzielung einer kollektiven Vereinbarung ausschliesst oder ob nicht vielmehr diese Gestaltungsmöglichkeit gewohnheitsrechtlich immanenten Vertragsinhalt bildet". Er kommt dabei zum Ergebnis, dass dem in einer veränderten Rechtswirklichkeit zu einem Dauerschuldverhältnis besonderer Art ausgeprägten Arbeitsvertrag der Konsens der Arbeitsvertragsparteien über die „Duldung vertragsinterner Modifikationsversuche" notwendig immanent sei.[89] Aus diesem stillschweigenden Vertragsinhalt könne aber nicht unmittelbar auf ein Einverständnis der Parteien mit

86) *Promberger*, Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag, München 1967, 73
87) *Fluhmann*, Auswirkung, 74; vgl. auch *Seiter*, Streikrecht 44, der an der Theorie von *Zeuner* und *Otte* die dogmatische Nichtberücksichtigung der Aussenseiter rügt.
88) *Flühmann*, Auswirkung, 73 ff.
89) *Flühmann*, a.a.O. 73 ff., 75/76

einer kampfweisen Suspendierung geschlossen werden.[90] Die Parteien müssten sich allein darauf behaften lassen, „dass jeder Arbeitsvertrag gewohnheitsrechtlich eine stillschweigende Bedingung enthält, wonach die Parteien im Rahmen eines Kollektivs versuchen können, den tarifvertraglich regelbaren Inhalt zum Gegenstand einer Gesamtvereinbarung zu machen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlange, dass die Kontrahenten die vertragsändernden Bestrebungen akzeptieren, ohne der Gegenpartei deswegen den Vorwurf vertragswidrigen Verhaltens machen zu können.[91] Sei der Arbeitsvertrag deshalb unter der stillschweigenden Bedingung kollektiver Modifikation abgeschlossen, so sei auch die Aktivierung dieses Vertragsinhalts durch das als ultima ratio gewohnheitsrechtlich anerkannte Mittel der kollektiven Leistungsverweigerung zulässig. Der Vertrag enthalte bereits die Bedingung der Duldung, den Willen zur Fortsetzung des Vertrages und damit auch die Suspension. Realisiert nun eine Partei die immanente Kampferlaubnis, so müsste es sich als rechtsmissbräuchlich erweisen, wenn die Gegenpartei sich auf Vertragswidrigkeit berufen würde. Die Rechtsordnung kann demnach nicht zulassen, dass die von ihr zur Verfügung gestellten Mittel zur sozialen Selbstverwaltung im individuellen Bereich wirkungslos gemacht werden. Dem Ergebnis *Flühmanns* ist sicherlich zuzustimmen. Es stellt sich aber die Frage, ob dieses Ergebnis nicht auf direkterem Wege hätte erreicht werden können, indem zunächst einmal die normative (verfassungsrechtliche) Grundlage – wenigstens soweit in der h.M. Einigkeit herrscht – der Beziehung von Streik und Tarifvertrag klargestellt[92] und dem Verhältnis von verfassungsrechtlicher Garantie und privatrechtlicher Beeinträchtigung nachgespürt worden wäre. *Flühmann* legt denn auch in seiner Arbeit die normative Grundlage der engen Verbindung von

90) *Flühmann*, Auswirkung 76, im Gegensatz zu Hoeniger, Streik und Arbeitsvertrag, BB 55, 37 ff.; *Flühmann* a.a.O. 68

91) Dass die potentielle Einwirkungsmöglichkeit durch GAV in jedem Vertrag immanent enthalten sei, stellt sich nach *Fluhmann* nicht nur als Resultat eines funktionellen Einflusses des GAV dar, sondern verdeutlicht sich als Ausfluss des individuellen Willensinhaltes.

92) *Fluhmann* möchte die Arbeitskampffreiheit gleichzeitig gewohnheitsrechtlich verankert wissen, 78 und der Koalitionsfreiheit zuordnen.

Streik und GAV nicht dar,[93] obwohl Art. 56 BV und die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit der Ausgangspunkt der Betrachtungen zu sein scheint. Der Rückgriff auf eine dem Arbeitsvertrag *gewohnheitsrechtlich* immanente Modifikationsbefugnis[94] angesichts der gesetzlich deutlich geregelten Grundlage des GAV und des Unabdingbarkeitserfordernisses erscheint ebenfalls nicht erforderlich. Dem Ergebnis, den Arbeitnehmer aus der Generalklausel von Art. 2 ZGB gegen ungerechtfertigte Kündigung wegen Streikteilnahme zu schützen, ist aber deutlich zuzustimmen.

2.3. Der verfassungsrechtliche Versuch zur Rechtfertigung einer Privatrechtsgeltung der Streikfreiheit

2.3.1. Unzureichende Würdigung der Privatrechtswirkung einer verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit in der herrschenden schweizerischen Lehre

Die herrschende Lehre sieht die Koalitionsfreiheit als verfassungsrechtlich garantiert an und stellt gleichzeitig eine enge Verbindung zur Streikfreiheit her. Diese Ansicht wird noch, wie unten zu zeigen ist,[95] durch die Auslegung von Art. 34ter Abs. 1 lit. b und c sowie Abs. 2 BV unterstützt und bestärkt. Die Koalitions– und mit ihr die Streikfreiheit sind damit implicit als von der Verfassung gewährleistet

93) Als Grundlage käme doch auch schon der Art. 357a Abs. 2 OR in Frage, welcher die relative Friedenspflicht umschreibt.

94) Könnte nun aber nicht auch aus der gewohnheitsrechtlichen Perspektive heraus einer Berufung auf Treu und Glauben entgegengehalten werden, dass aufgrund tatsächlicher Übung eine Verletzung der vertraglichen Pflichten nicht schadet, die Vertragsmodifikation auch ohne eine Suspendierung der Vertragspflichten regelmässig erreicht würde, da die neuen GAV regelmässig eine Wiedereinstellungspflicht vorsehen? – Es fällt überdies auch schwer, die dem Vertrag immanente Modifikationsmöglichkeit im „Gewohnheitsrecht" verankert zu sehen, wenn gerade die schweizerische Situation bewiesen hat, dass das GAV-System bisher weitgehend auch ohne Kampmassnahmen zu funktionieren vermochte.

95) Vgl. s.u.S. 105 ff.

anzusehen.[96] Dabei soll die Koalitionsfreiheit den Bürger allein vor Eingriffen des Staates schützen, nicht aber gegenüber der von privater Seite entfalteten sozialen Macht zur Sicherung der Freiheitssphäre des einzelnen Arbeitnehmers wirken.

Die von der neueren Grundrechtstheorie mit dem Begriff der „Drittwirkung" umschriebene Geltungskraft von Grundrechten auch in den Rechtsbeziehungen unter Privaten wird, soweit jedenfalls eine „unmittelbare" Grundrechtswirkung im Privatrecht in Frage steht, von der herrschenden Lehre in der Schweiz abgelehnt.[97] Im Bereiche der Koalitionsfreiheit und ihrer möglichen Beeinträchtigung durch Private wie z.B. durch Kündigung organisierter Arbeitnehmer, Absperrklauseln usw.[98] wird aber von Doktrin und Rechtsprechung einhellig ein zivilrechtlicher Schutz über Art. 27 f ZGB, Art. 41 OR und Art. 2 ZGB (Verbot des Rechtsmissbrauchs) befürwortet.[99] Unter dem Gesichtspunkt der guten Sitten wurde denn auch z.B. die Zulässigkeit eines Verdrängungsstreiks, einer Arbeitsniederlegung mit dem Zweck, den Arbeitgeber zu zwingen, organisierte Arbeitnehmer zu entlassen, beurteilt.[100] Der Arbeitskampf fand aber insoweit allein wegen der Betroffenheit der Koalitionsfreiheit an sich, nicht als schutzwürdiger Bestandteil der Koalitionsfreiheit, welche auch das Privatrecht zu beachten hätte, Schutz.[101] Aber auch die Streikfreiheit als „wesentlich drittgerichtete Freiheit" und mit ihr die Koalitionsfreiheit, zu deren Effektuierung sie dient, kann durch Massnahmen des Arbeitgebers, wie z.B. Kündigung wegen Vertragsbruchs und Forderung von Scha-

96) Ob aber allein BV 56 als Verfassungsgrundlage einer Koalitionsfreiheit in Frage kommt, ist damit nicht ausgesprochen. Diese Arbeit wird vielmehr zeigen, dass der institutionelle Gehalt und der soziale Schutzzweck der Tarifautonomie wesentlich in Art. 34ter BV als eigentlichem Sitz der „Arbeitsverfassung" zu erkennen ist (s.u.S. 96 f.).

97) *Aubert*, Traité de Droit Constitutionel Suisse, Vol II, N 1742 ff. und *Muller*, Grundrechte, 169 f.

98) Hierzu *Kägi*, Koalitionsfreiheit, 55 ff. und *Rentsch*, Geltungsbereich, 71 ff.

99) *Schweingruber*, Kommentar zum GAV, 19 und *Kägi, Rentsch* a.a.O.

100) Vgl. BGE 51 II 525; 54 II 142 und hierzu *Kägi*, Koalitionsfreiheit, 59 f.

101) Auf diesen Mangel verweist *Flühmann*, Auswirkung 48

denersatz beeinträchtigt und faktisch ausgehöhlt werden.[102] Von der schweizerischen Doktrin wurde hier nicht in Anologie zu anderen direkten Beeinträchtigungen der Koalitionsfreiheit versucht, den Streik vor ungerechtfertigten Behinderungen durch den Arbeitgeber mittels eines Rückgriffs auf Art. 27 f. ZGB und (oder) Art. 2 ZGB zu schützen. Mag das daran liegen, dass der grundsätzlich von der Rechtsordnung zugelassene Arbeitskampf zugleich auch als Verstoss gegen das in Art. 27 enthaltene wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht des Arbeitgebers verstanden werden kann und eine Abwägung schwer überwindbare Probleme stellen würde? Der, m.E. zutreffendere, gegen eine Persönlichkeitsabwägung sprechende Grund, liegt darin, dass eine persönlichkeitsrechtliche Betrachtung des Phänomens Arbeitskampf denselben nie ganz erfassen vermöchte und gerade die „institutionell-funktionelle" Kennzeichnung (Eigenschaft) desselben verloren ginge. *Böni* und *Flühmann* haben die Suspendierung des Arbeitsvertrages durch Kampfmassnahmen aus dem Rechtsmissbrauchsverbot abzuleiten versucht. Bei aller grundsätzlichen Zustimmung zu diesem Lösungsweg ist den obengenannten Einwänden gegenüber dieser Lösung gemeinsam, dass der Bezug zur normativen Lösung der Verfassung, der Zuordnung von Arbeitskampf und Koalitionsfreiheit und deren möglichen Ausstrahlung nicht hergestellt wird; ebenso wird nicht deutlich, ob der Weg der zivilrechtlichen Lösung gerade wegen des Fehlens einer unmittelbaren Drittwirkung beschritten wird oder diese Frage als für die Problemlösung irrelevant empfunden wird.

Darüberhinaus muss vor allem auffallen, dass die Lehrmeinungen, welche den Standort der Streikfreiheit in einer verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit ansiedeln, das Problem der Geltungskraft des Arbeitskampfes in den Beziehungen zum Arbeitgeber, also eines subjektiv-privaten Streikrechts, nicht berühren. Dem Streit um die Ableitung des Streikrechts aber keine Beachtung zu schenken,

102) Der Schutz des Einzelnen gegenüber sozialer Macht ist vor allem im Arbeitsverhältnis gefährdet, vgl. *Muller*, Grundrechte, 162; vgl. auch *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, Stuttgart 1962, 67 ff. und *Gamillschegg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 1964, Bd. 164, 423 ff.

hiesse, die in der modernen Grundrechtstheorie erarbeiteten verschiedenen Verwirklichungsformen der Geltung von Grundrechten unter Privaten zu übersehen.

2.3.2. Parallelen im deutschen Verfassungsrecht
Ungeklärtes Verhältnis zwischen verfassungsrechtlicher Streikfreiheit und ihren privatrechtlichen Auswirkungen

2.3.2.1. Unsicherheiten in Rechtsprechung und Doktrin

Schon das deutsche BAG[103] glaubte der verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsfreiheit keine Anhaltspunkte für die Lösung des durch einen Arbeitskampf aufgeworfenen Vertragsbruchproblems entnehmen zu können:

> „... Denn das Streikrecht, mag man es aus Art. 9 GG oder ... aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 GG oder aus sonstigen Vorschriften der Rechtsordnung herleiten, kann vertraglichen Bindungen unterliegen (so durch den Tarifvertrag) und es darf nicht die Rechte anderer verletzen (Art. 2 Abs. 1 GG). Es fragt sich aber gerade, ob die arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung ein Recht des Arbeitgebers begründet, das während seiner Dauer durch einen Streik nicht verletzt werden darf. — Aus diesen Gründen hatte der Grosse Senat keine Veranlassung zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ein verfassungsmässiges Streikrecht oder ein subjektives Recht zum Streik überhaupt zu bejahen ist."

Die Suspendierungswirkung des Arbeitskampfes wurde aber in diesem Falle durch Ableitung aus dem „kollektiven Wesen des Arbeitskampfes"[104] erreicht. Nach *Seiter* kann dieses Urteil massgeblich dafür verantwortlich gemacht werden, dass in der nach 1955 erfolgenden umfangreichen Erörterung arbeitskampfrechtlicher Fragen, das Problem der privatrechtlichen Wirkungen des Streikrechts weitgehend ohne Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen erörtert wurde.[105]

103) BAG, JZ 1955, 388
104) *Bulla*, in: FS für *H.C. Nipperdey* 1955, 172
105) Gemäss *Seiter*, 66, wurde mit diesem Urteil der „Dialog zwischen privatem Arbeitskampfrecht und Verfassungsrecht in der deutschen Rechtsordnung abgeschnitten".

Welche Schwierigkeiten dieses Problem dogmatisch der deutschen staatsrechtlichen Literatur bis in die neueste Zeit zu bereiten scheint, zeigt sich deutlich bei *Scholz*.[106] *Scholz* untersucht zunächst die Frage, inwieweit gegenüber einem Vorrang kollektivrechtlicher Ordnungsmittel für das Arbeitsleben (GAV, Streik) vor individualrechtlichen (Arbeitsvertrag) verfassungsrechtliche Bedenken anzumelden sind. Für den Vorrang des Tarifvertrages bestünden keine Bedenken, da es sich bei der Koalitionseinigung um die kollektive Ausübung von Individualrechten handle. Im Recht des Arbeitskampfes sei aber die Situation anders; als summiert-individuales Verhalten setze er sich gerade über die Bindungen des Arbeitsverhältnisses hinweg. Die sog. „Einheitstheorie"[107] des BAG könne sich insoweit nicht auf die Verfassung berufen. Der „kollektive Arbeitskampf" könne als Ausfluss individualrechtlicher Grundrechtsausübung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten keinen Vorrang vor dem Einzelarbeitsvertrag begründen.

An anderer Stelle sieht nun aber *Scholz* – und trägt damit zur verfassungsrechtlichen Begründung der Theorie *Zeuners* bei – den kollektiven Arbeitskampf durch ein „echtes Kommunikationsgrundrecht"[108] (Art. 9 Abs. 3 GG) garantiert und zugleich in der Person des streikenden Arbeitnehmers privilegiert. „Der streikende Arbeitnehmer kann sich aufgrund seiner echten Kommunikationsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG über seine unecht-kommunikative Bindung aus dem Einzelarbeitsvertrag hinwegsetzen. Der kollektive Arbeitskampf besitzt demzufolge tatsächlich einen verfassungsrechtlich gesicherten Vorrang vor dem Einzelarbeitsvertrag".[109]

Widersprüche werden auch bei *Brox-Rüthers* deutlich. Einmal soll nach diesem Autor der als Einrichtungsgarantie geschützte Arbeitskampf keinen allgemeinen Rechtfertigungsgrund für Rechtsverletzungen durch Arbeitskämpfe bilden, d.h. die Grenzen der allgemeinen Rechts-

106) *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 387 und 364
107) Vgl. jüngst die zusammenfassende Darstellung bei *Flühmann*, Auswirkung, 34 ff. und zur Übertragbarkeit in die schweizerische Rechtstradition, 64 ff.
108) *Scholz*, a.a.O. 364
109) *Scholz*, ebd. 365

ordnung sollen auch im Arbeitskampf gelten.[110] An anderer Stelle aber hält der gleiche Autor fest, dass ein Gesetzgeber, welcher die Teilnahme an einem rechtmässigen Streik als Arbeitsvertragsbruch bewerten und damit den Teilnehmer mit einer Schadenersatzpflicht belegen würde, das genannte Recht praktisch entwerten und somit die verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantie missachten müsste. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes müsste der Gesetzgeber vielmehr einen Arbeitsvertragsbruch bei rechtmässigem Streik wegen der Einrichtungsgarantie vermeiden.[111]

Auch andere Autoren wie z.B. *Nipperdey/Säcker*[112] lassen in der Frage der arbeitsvertraglichen Wirkungen eines verfassungsrechtlichen Arbeitskampfrechts Unsicherheiten erkennen.

Demgegenüber hat sich die insbesondere von *Schnorr von Carolsfeld*[113] ausgehend von den Streikgarantien in den einzelnen Ländern vertretene Auffassung, dass die Verfassung mit der Koalitionsfreiheit und der in ihr enthaltenen Streikgarantie „ein dem einzelnen verliehenes subjektiv-öffentliches Recht mit Ausstrahlungen in den Bereich des Privatrechts" enthalte, nicht durchzusetzen vermocht.[114] Öffentliches Streikrecht und private Rechtsstellung wurden nicht aufeinander bezogen. Erst in neuerer Zeit haben *Säcker, Lerche* und *Seiter* die Diskussion über die Privatrechtsgeltung einer verfassungsrechtlichen Streikgarantie neu zu aktualisieren und zu beleben vermocht. *Ramm* lieferte den Beitrag zu einem subjektiv-privaten Streikverständnis aus der Sicht der ESCH. Hierauf wird noch eingehend zurückzukommen sein.[115]

110) *Brox/Rüthers,* Arbeitskampfrecht, 47

111) Dieselben, a.a.O. 219

112) Nipperdey/Säcker, Arbeitsrecht II, 2, 914 ff., aber ders. 930f.; vgl. auch z.B. *Kraft,* RdA 1968, 435 ff.; *Richardi,* RdA 1970, 65, und *Reuss,* AuR 1965, 98

113) *Schnorr v. Carolsfeld,* Arbeitsrecht, Göttingen 1954, 322; vgl. auch die Hinweise bei *Flühmann,* Auswirkung, 32 f., und *Seiter,* Streikrecht, 66; *Kägi,* Koalitionsfreiheit, 80 ff.

114) Der Arbeitnehmer könne sich also auf die Verfassung als „echten Rechtfertigungsgrund berufen, was die Arbeitsniederlegung zivilrechtlich rechtmässig" mache. So auch *Hessel,* Probleme des Streikrechts, BB 1951, 85, und ders., Streikrecht und Arbeitsvertrag, RdA 1952, 48 ff.; ebenso *Meissinger,* Legaler Streik und Arbeitsvertrag, AuR 1954, 354 f.

115) Vgl. s.u. S. 81 ff.

2.3.2.2. Mögliche Gründe für dogmatische Schwächen in der deutschen Doktrin

Die herrschende Auffassung in Deutschland, welche den Arbeitskampf im Koalitionsrecht von Art. 9 Abs. 3 GG verankert sieht, folgert hieraus kein subjektiv-öffentliches Recht auf kampfweise Betätigung oder sogar ein die arbeitsvertraglichen Bindungen überwindendes subjektiv-privates Streikrecht, sondern möchte den Arbeitskampf als „Institut", „Einrichtung" oder „institutionelle Garantie"[116] garantiert wissen. Die h.L. hält also dafür, dass schon ein subjektiv-öffentliches Streikrecht aus einer verfassungsrechtlichen Einrichtungsgarantie nicht entnommen werden könne.[117] Der Schutzgehalt einer Einrichtungs- oder „Konnexgarantie"[118] wird durchgehend so verstanden, dass es dem Gesetzgeber allein untersagt sein solle, ein generelles Kampfverbot zu erlassen oder das Institut durch sachlich nicht gebotene Einschränkungen auszuhöhlen.

Lässt sich nun eine Unterscheidung zwischen einem Streik*recht* als subjektivem Recht und einer bloss objektiven Streik*freiheit* im Sinne einer institutionellen Garantie aus einem institutionellen Verständnis der Grundrechte, welches wesentlich den objektiven Ordnungsaspekt einer Koalitionsfreiheit und der ihr zugeordneten Streikfreiheit betont, rechtfertigen? Müsste hier nicht gerade das subjektive Recht dem objektiven Ordnungsgehalt gegenüber entsprechend der Lehre von *C. Schmitt*[119] an Geltungkraft verlieren und eine Gefahr der institutionellen Betrachtungsweise heraufbeschwören, vor der *Scholz*[120] eindringlich gewarnt hat?

116) *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, 41; *Nipperdey/Säcker*, Arbeitsrecht II, 2, 918, und *W. Weber*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965, 36

117) *Brox/Rüthers*, a.a.O. 41, *Nikisch*, Arbeitsrecht II, 107 f. und weitere Nachweise bei *Seiter*, 85, Fn 10, 11

118) Vgl. *Lerche*, Zentralfragen, 24, und *Nipperdey/Säcker* a.a.O.; zu diesem Begriff ausführlich *Zeitler*, Streikrecht und GG, 103 ff.

119) *Schmitt*, C., Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, Neuauflage, Berlin 1958, 149

120) *Scholz* Koalitionsfreiheit, 222 ff., 250 ff., 253 f. und *Däubler*, Streik, 78 f.; die Gefahr liegt gerade darin, dass mit Hilfe der Einrichtungsgarantie die subjektiven Rechte ausgehöhlt werden; hierzu auch *Müller*, Soziale Grundrechte, 816

In der jüngeren deutschen Staatsrechtslehre[121] hat sich demgegenüber die Erkenntnis durchgesetzt, dass institutionelle Garantien und subjektiv-öffentliche Freiheitsrechte keine entgegengesetzte, einander ausschliessende Typen von Grundrechtsnormierungen sind, sondern als Korrelatbegriffe zu verstehen sind.[122] In dieser Sicht muss die übliche Unterscheidung und Entgegensetzung von subjektivem Recht und Einrichtungsgarantie fragwürdig werden; auch letztere will zum Schutze des Einzelnen subjektive Rechte des Privaten vor staatlicher Aushöhlung schützen. Damit ist die dogmatische Rechtfertigung eines subjektiv-öffentlichen Streikrechts dargetan.
Dass der subjektive Grundrechtsgehalt von der institutionellen Betrachtungsweise wesentliche Impulse für die Rechtsbeziehungen unter Privaten erhalten vermag, lässt sich aus dem Charakter der Grundrechte als „objektive Ordnungsprinzipien" herleiten. Im Folgenden wird vor allem die dogmatische Beziehung zwischen der „institutionellen" Grundrechtsbetrachtung und der sog. "Drittwirkungslehre" sowie dem Grundsatz der „Grundrechtseffektivität" im Hinblick auf das Koalitions- und Streikrecht näher darzulegen sein.

2.3.3. Das konstitutiv-institutionelle Grundrechtsverständnis und die Drittwirkungsproblematik – Privatrechtsgeltung einer verfassungsrechtlichen Streikfreiheit?

Das Problem der „Drittwirkung", d.h. der Geltung der Grundrechte auch in den Rechtsbeziehungen Privater zur Abwehr sozialer Übermacht stellt sich nur für die Kategorie von Sozialrechten, die aus dem

121) *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2.A., Karlsruhe 1972, 72, 99 und *Hesse*, Grundzüge 116; auch *Müller*, Soziale Grundrechte, 826 (Austauschbarkeit von sozialen Grundrechten und institutionellen Garantien)

122) Für *Säcker*, Grundprobleme, 86, Fn 168, ist die Unterscheidung zwischen subjektivem Arbeitskampfrecht und blosser Arbeitskampffreiheit als institutioneller Garantie normlogisch weder möglich noch sinnvoll; ebenso *Nipperdey/Säcker*, Arbeitsrecht II, 2, 916, Fn 36k; *Mayer-Maly*, RdA 1968, 89 und *Gluckert*, Die Arbeitskampfschutzklausel des Art. 9 Abs. 3 GG, Berlin 1973, 180 f.

„status negativus" erwachsen sind, wie die Koalitions- und Streikfreiheit.[123] Diese beiden Rechte könnten nämlich keine tatsächliche Wirkung entfalten, wenn ihnen nicht auch im privaten Arbeitsverhältnis Geltung zukäme. Sie fordern, dass nicht nur der Staat, sondern auch der Arbeitgeber gewerkschaftliche Betätigung nicht behindern, Streiks nicht untersagen oder andere Gegenmassnahmen ergreifen darf. „Sous peine de rester lettres mortes, ils ont necessairement un effet horizontal".[124] Das deutsche Grundgesetz hat denn auch in Art. 9 Abs. 3, S. 2 GG ausdrücklich die „unmittelbare" Drittwirkung[125] – der Einzelne kann sich unmittelbar vor Gericht auf die Grundrechte berufen – bejaht. Eine solche unmittelbare Privatrechtsgeltung der Koalitions- und damit der Streikfreiheit ist aber in der Schweiz nicht anerkannt.[126] Die Frage nach der sog. Drittwirkung kann aber auch als Teilaspekt eines in der schweizerischen Staatsrechtslehre immer deutlicher betonten konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnisses[127] angesehen werden. Letzterer Auffassung liegt die Idee zugrunde, dass die in den einzelnen Grundrechten enthaltene Leitidee nicht durch blosse Abwehr staatlichen Handelns, sondern erst aus einem Verständnis der Grundrechte als fundamentale Ordnungsprinzipien,[128] als Leitgrundsätze für die Gestaltung der staatlichen Ordnung sinnvoll verwirklicht werden kann. Grundrechtliche Freiheitsverbürgungen sollen als objektiv-rechtliche Normen zugleich Garantien freiheitlich geordneter Lebensbereiche sein. Grundrechte sind demnach auch als Grundsätze zu verstehen, welche „konstitutiv die abgeleitete Rechtsordnung bestimmen" und „bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung ausstrahlen".[129] Ein effektiver Grund-

123) *Grisel*, Les droits sociaux, 137 und s.o.S. 18 ff.
124) *Grisel*, Les droits sociaux, 137
125) *Maunz/Dürig* , Kommentar zum GG ad Art. 9 GG, Rdn. 120 und 90, Kommentierung vom Sept. 1970
126) Zur generellen Ablehnung unmittelbarer Drittwirkung vgl. *Aubert*, Traité, Vol. II, N 1742 ff.; *Müller*, Grundrechte, 169 f.; *Saladin*, Grundrechte, 319; zur deutschen Auffassung vgl. BVerfGE 30, 173 ff. (199) und *Rupp*, Vom Wandel, 162 ff.
127) *Saladin*, Grundrechte, 292 ff., 295, 318 ff.; *Müller*, Soziale Grundrechte, 812 ff., 818 ff.
128) *Muller*, Soziale Grundrechte, 818 und z.B. auch *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1532
129) *Saladin*, Grundrechte, 295, vgl. auch ebd. 309

rechtsschutz wird erst erreicht, wenn die gesamte Rechtsordnung auf die Grundrechte hin angelegt ist. Im Hinblick auf das „sozialgestaltende“[130] Ordnungsziel der Grundrechte, die Verbürgung der Freiheit angesichts sozialer Abhängigkeit in „gelebte Freiheit“ umzusetzen, müssen ihnen notwendig Auswirkungen auf alle Rechtsverhältnisse, einschliesslich des Privatrechtsverkehrs zukommen.[131] Die Erstreckung des Grundrechtsgehaltes auf das horizontale Verhältnis der Bürger bildet also den eigentlichen Ort, wo sich institutionelles Rechtsdenken bewähren muss.[132]

Das Problem der Drittwirkung stellt sich dort nicht, wo der primär zur Konkretisierung des institutionellen Grundrechtsgehalts aufgerufene Gesetzgeber die „tatsächlichen Bedingungen“ und Voraussetzungen menschlicher Freiheit, z.B. im Arbeitsverhältnis und den sonstigen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer privatrechtlich realisiert hat.[133] Der Gesetzgeber hat hier also gestaltend und nicht nur begrenzend zur Grundrechtsverwirklichung beizutragen.[134] Mangels gesetzlicher Regelung ist der Richter aufgerufen, den Grundrechten im Privatrecht Geltung zu verschaffen. In der schweizerischen Lehre und punktuell auch in der Rechtsprechung[135] wird eine „unmittelbare“,[136] von der Judikative zu beachtende Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht dort anerkannt, wo „wertausfüllungsfähige und -bedürftige“ Generalklauseln des Privatrechts den Wertgehalt der Grundrechte „mittelbar“ oder „indirekt“ verwirk-

130) *Müller*, Soziale Grundrechte, 825

131) *Saladin*, Grundrechte, 318 und *Benz*, Kodifikation, 25 ff., 27

132) *Saladin*, Grundrechte, 310; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 136 und *Benz*, Kodifikation, 27 f. Drittwirkung ist also insofern im institutionellen Grundrechtsverständnis eingeschlossen.

133) *Müller*, Grundrechte der Verfassung, 177 und ders. Soziale Grundrechte, 813 f.; *Benz*, Kodifikation, 32 f., spricht von einem „sozialgestaltenden Gesetzgebungsauftrag“; ebenso; *Badura*, Grundfreiheiten, 20, 30, 36 und *Seiter*, Streikrecht, 94, 107 ff.; Drittwirkung gewinnt Gestalt im Grundsatz der Grundrechtseffektivität, vgl. *Muller*, Soziale Grundrechte, 818

134) Hierzu *Schaumann*, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, 48 f.

135) *Müller*, Grundrechte, 170 ff.; *Saladin*, Grundrechte, 310 ff. und *Müller*, Soziale Grundrechte, 820 f.

136) Die Frage nach „direkter oder indirekter“ Drittwirkung erscheint *Saladin* insoweit unfruchtbar, 319

lichen helfen. Insoweit „konvergiert" das Prinzip der Drittwirkung mit dem Prinzip verfassungskonformer Interpretation.[137] Jede privatrechtliche Norm ist also im Lichte der in den Grundrechten verkörperten Ordnungsprinzipien so auszulegen, dass sie sich am besten in die elementare Wertordnung der Grundrechte einordnen lässt. Das Verbot der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen nach Art. 113 Abs. 3 BV hindert nicht, bei Auslegung und Anwendung eines Gesetzes den Sinn der Verfassung zu berücksichtigen.[138]

Die in der deutschen Lehre und Rechtsprechung beispielhaft dargestellte institutionelle Deutung von Koalitions- und Streikfreiheit[139] vermag also einmal dadurch privatrechtsgestaltende Wirkung zu erlangen, dass die „realen Entstehungsvoraussetzungen" des Grundrechts vom Gesetzgeber „instrumentierend" konkretisiert würden.[140] Der andere Weg müsse in einer verfassungskonformen Auslegung des in Art. 337 OR enthaltenen, für eine fristlose Entlassung notwendigen „wichtigen Grundes" und des Gebots von Treu und Glauben in Art. 2 ZGB liegen; danach wäre es unzulässig im Arbeitskampf eine zu Schadenersatz verpflichtende Nichterfüllung einer Vertragspflicht zu sehen.[141] So hält in der deutschen Lehre auch *Nipperdey/Säcker* dafür, dass eine verfassungskonforme Arbeitskampfregelung „den Koalitionen die Durchführung von Streiks ohne Rücksicht auf die Einhaltung von Kündigungsfristen gestattet".[142]

Der „Drittwirkungseffekt" wurde in den beiden beschriebenen Lösungswegen nicht aus den Grundrechten als subjektiv-öffentlichen

137) *Müller*, Grundrechte der Verfassung, 179 und ders., Soziale Grundrechte, 818
138) *Muller*, Grundrechte, 180
139) Vgl. BVerfGE, 4, 96, 107 f. = NJW 54, 1181 f. und vgl. s.u. S. 115 Fn 103
140) Hierzu ausführlich s.u. S. 117 ff.; vgl. auch die Rechtsprechung des BGer zur persönlichen Freiheit BGE 97 I 50 und 96 I 107
141) Der Richter muss aufgrund von Art. 337 OR auch entscheiden können, ob eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nicht schon deshalb rechtmässig ist, weil er streikende Arbeitnehmer durch Arbeitswillige ersetzen oder rationalisieren konnte, vgl. *Fluhmann*, 80 f.
142) *Nipperdey/Säcker*, Arbeitsrecht II, 2, 914 ff. (930)

Rechten und deren Umdeutung in subjektiv-private Rechte abgeleitet, sondern aus den Grundrechtsbestimmungen als objektiven Rechtssätzen und der Einbindung der Gesamtrechtsordnung in die Verfassungsordnung.

Eine (indirekte) Bedeutung der Grundrechte für die privaten Beziehungen könnte sich jedoch auch daraus ergeben, dass private Rechtsmacht stets als staatlich verliehene Rechtsmacht, die Tätigkeit des Zivilrichters stets als hoheitliche Aufgabe angesehen wird.[143] Die Konstruktion einer „Grundrechtsdrittwirkung" erscheint insoweit überflüssig, als der Zivilrichter selbst als Träger hoheitlicher Gewalt an die Grundrechte gebunden ist; eine umfassende Geltung der Grundrechte im Privatrecht ohne Aufgabe der grundsätzlichen Staatsbezogenheit wäre die Folge. In der schweizerischen Lehre und Praxis sind durchaus Ansätze für eine Grundrechtsbindung des Zivilrichters zu erkennen.[144] Bedeutung hat diese Ausformung der Drittwirkung jedoch vor allem im angloamerikanischen Rechtskreis.[145] Mit *Kahn-Freund*[146] könnte entsprechend jeder zivilgerichtliche Eingriff durch Schutz einer fristlosen Kündigung oder Zusprechung von Schadenersatz als mit einer so verstandenen Streikfreiheit unvereinbar erklärt werden. Wenn auch im konkreten Ergebnis kein Unterschied zum Lösungsweg mittels Drittwirkung besteht, so scheint mir der letztgenannte Weg doch kaum akzeptabel; einmal bietet er nichts, was nicht schon aus dem institutionellen Grundrechtsverständnis entnommen werden könnte; zum andern führt er gerade in der von *Schwabe* dargelegten Sicht zu einer radikalen Grundrechtswirkung, die praktisch einer abzulehnenden „unmittelbaren Wirkung" der Grundrechte gleichkäme.

143) Diese Konstruktion wird auch von *Müller*, Grundrechte, 182 f. angeführt; *Schwabe*, Die sog. Drittwirkung der Grundrechte, München 1971 hat aus dieser Sicht die h.L. stark angegriffen (22 ff.) und eine radikale Privatrechtsgeltung der Grundrechte proklamiert.

144) Vgl. die Rechtsprechungshinweise bei *Müller*, 183

145) *Müller*, a.a.O., 182 und *Hartmann*, Constitutionally guaranteed civil rights as a limitation on private action, ZfaöRVR 26, 1966, 630 ff. mit Rechtsprechungs nachweisen

146) *Kahn-Freund*, Some reflections, 150 f.

2.3.4. Die „organisationsrechtliche" Konkretisierung- und Instrumentierung der Koalitionsfreiheit

2.3.4.1. Der Auftrag an den Gesetzgeber zur „Instrumentierung" grundrechtlicher Freiheit: Grundsätzliches

Im Bereiche von Koalitions- und Streikrecht bedeutet das Regelungsmandat des Gesetzgebers, basierend auf einem institutionellen Grundrechtsverständnis, dass es „die technischen Bedingungen für ein möglichst optimales Funktionieren"der Auseinandersetzung um bessere Arbeitsbedingungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer schaffen soll. Der Gesetzgeber hat also „die grundsätzlichen Startbedingungen und Instrumente"zu gestalten, auf deren Basis und mit deren Möglichkeiten der Auseinandersetzungsprozess überhaupt erst stattfinden kann.[147] Ein Grundrecht wie die Koalitionsfreiheit müsste namlich wirkungslos bleiben, wenn nicht „die instrumentalen Voraussetzungen zur Erreichung von Koalitionszweck und Koalitionswohl"[148] gegeben wäre.

Die deutsche und die schweizerische Verfassung haben auf die Positivierung der materiellen Voraussetzungen dieser Freiheit verzichtet, diese „offen" gelassen. Sie setzen aber doch voraus, wie Art. 34ter Abs. 1 b und c und Abs. 2 BV[149] und die Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 GG beweisen, dass ein funktionsfähiges GAV-System besteht. Die Ausgestaltungs- und Konkretisierungsfunktion des Gesetzgebers muss nun umsomehr an Bedeutung gewinnen, „je intensiver der Sozialbezug

147) *Lerche*, Zentralfragen, 37 und *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 348 ff.; *Steindorff*, Wirtschaftsordnung und Steuerung durch Privatrecht, in FS *Böhm*, Tübingen 1975, spricht von der „Instrumentierungsaufgabe des Privatrechts", 627, ebenso *Seiter*, Streikrecht, 53; zum „Organisationsrecht" s.u. S. 104 f.

148) *Sacker*, Grundprobleme, 70; nach *Sacker* bedürfe die Koalitionsfreiheit des „Unterbaus durch Gewährleistung organisatorischer Kernbereichsgarantien", welche den Koalitionen „die spezifische koalitionsgemässe Betätigung im Rahmen der geltenden Ordnung" ermöglichen sollen.

149) *Huber*, Unbestimmte Mitbestimmung, in NZZ v. 3. 2. 1974, 18

der betreffenden Freiheit ist" und „je offener das jeweilige Grundrecht von der Verfassung formuliert ist".[150] Eine gerade im Hinblick auf die Voraussetzungen der Koalitionstätigkeit weitgehend offene verfassungsrechtliche Ordnung ist besonders ausfüllungsbedürftig.[151] Das materielle Ziel der Verbesserung der Arbeitsbedingungen soll im Verfahren des Arbeitskampfes[152] Absicherung, Förderung und Begrenzung durch Aufstellung funktionsfähiger Kampfregeln erfahren.

2.3.4.2. Die privatrechtlichen Voraussetzungen einer funktionsfähigen Koalitionsbetätigung

Die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts sieht diejenigen Betätigungen einer Koalition als von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt an, welche einerseits geeignet,[153] andererseits auch erforderlich („unerlässlich") sind,[154] um die in diesem Verfassungsartikel genannten Koalitionszwecke „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" wirksam zu verfolgen.[155]

150) Vgl. *W. Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, Berlin 1975, 89 f.; siehe auch *Saladin*, Grundrechte, 319 und *Müller*, Soziale Grundrechte, 817, welcher das institutionelle Grundrechtsverständnis gerade für „offene", „programmatische" Schichten der Grundrechte als bedeutsam ansieht.

151) Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die schweizerische, formelle Arbeitsverfassung nicht schon Direktiven für ein künftiges Regelungsprogramm des Gesetzgebers enthält; wie der noch näher zu betrachtende Art. 34ter BV zeigen wird, verhält sich der Staat nicht „neutral" im Sinne von „gleichgültig" gegenüber der Regelung der Arbeitsbedingungen, sondern eher „distanziert" *(Scholz)*.

152) In der h.L. in Deutschland wird das Streikrecht privatrechtsdogmatisch als „Gestaltungsrecht" – vgl. *Seiter*, 271 – eingeordnet, welches durch einseitiges Rechtsgeschäft (Willenserklärung) auszuüben ist; auch die dogmatische Gestaltung einer gewerkschaftlichen Zustimmungspflicht zur Ausübung des Streikrechts ist solange problematisch, solange die Aussenseiter nicht in eine Lösung miteinbezogen sind, hierzu *Seiter*, 272 f.

153) Vgl. BVerfGE 19, 303 (312, 319 f.) und im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit, 4, 96 (106); 18, 18 (26); 28, 295 (305)

154) Vgl. BVerfGE 28, 295 (304)

155) Vgl. BVerfGE 17, 319 (333 f.) und 28, 295 (305); die wirksame Koalitionsbetätigung findet aber nach der Terminologie des BVerfG ihre Grenze in der Leitidee „einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens", BVerfGE 18, 18 (27), vgl. *Zollner*, Die Rechtsprechung des BVerfGE zu Art. 9 Abs. 3 GG, 73 ff., 85 ff., 97 f.

Eine wirksame, funktionsfähige Koalitionsbetätigung bedingt auch ein wirksames Arbeitskampfinstrumentarium. Die oben gemachten Bemerkungen zur Unzweckmässigkeit eines an Kündigungsfristen gebundenen Streiks machen deutlich, dass über die vom Privatrecht bereitgestellte Kündigung hinaus ein „subjektiv-privates Streikrecht" für die wirksame Verfolgung der Koalitionszwecke im Sinne des BVerfG „erforderlich" und „unerlässlich" ist.[156] Es ist demnach eine Sache des Gesetzgebers oder des nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zur Rechtsfortbildung befugten Richters,[157] die privatrechtlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Arbeits- und Lohnzahlungspflicht suspendiert werden kann. Auch Freiheitsrechte setzen demnach einen privatrechtlichen Unterbau voraus. Im Sinne der vom BVerfG entwickelten „Kernbereichslehre"[158] wäre es demnach „sachlich nicht gerechtfertigt" und auch „zum Schutze anderer Rechtsgüter" (wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht des Arbeitgebers) nicht geboten, allein eine Streikfreiheit in den Grenzen des Arbeitsvertragsrechts zuzulassen. Diese Ansicht wird auch von Art. 6 Abs. 4 der ESCH bestätigt.[159]

Ein Blick auf die Rechtslage in anderen europäischen Ländern zeigt nun, dass, abgesehen von Frankreich, wo die Suspendierung eine gesetzliche Regelung fand, kein Staat über eine gesetzliche Regelung der privatrechtlichen Folgen eines Arbeitskampfes, bzw. von Umfang und Grenzen eines Streikrechts verfügt. Ansätze zur Kodifizierung des Arbeitskampfrechtes werden allein in Holland und Deutschland[160] deutlich.

156) *Seiter*, Streikrecht, 107 f., 186; diese Arbeit wird auch darüberhinaus abzuklären haben, welches Arbeitskampfinstrumentarium zu einer funktionsfähigen Ausübung der Koalitionsfreiheit notwendig ist.

157) Vgl. *Seiter*, 108; die deutsche Arbeitskampfkonzeption beruht überhaupt ausschliesslich auf Richterrecht.

158) Hierzu *Zöllner*, (Fn 154) und *Seiter*, Streikrecht, kurz 112 f.; das BVerfG spricht mehrmals vom „Kernbereich der Koalitionsbestätigung", einem „Tarifvertragssystem", und der „verbandsmässigen" Lohngestaltung, vgl. auch s.u. S. 115 Fn 103

159) So die Ansicht der Experten der ESCH, Conclusions I, 40

160) *Zonderland*, Versuche zu einer gesetzlichen Regelung des Arbeitkampfes in den Niederlanden, RdA 1973, 309; zu Deutschland vgl. *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 129 ff. und *Seiter*, Kodifizierung des Arbeitskampfrechts, 1369 ff; ausführlicher s. u. S. 330 ff.

Diese Rechtssituation mag darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber aus staatspolitischen Gründen regelmässig kein Interesse daran haben kann, „schlafende Hunde zu wecken", d.h. ohne zwingenden Grund eine Auseinandersetzung zwischen den Verbänden heraufzubeschwören und somit das soziale Klima zu verschlechtern. Wie das deutsche Beispiel[161] zeigt, ist demgegenüber der Richter im Regelfall (abgesehen vom Beamtenstreik) durchaus imstande, die als notwendig erkannte grundsätzliche Ausgestaltung und Begrenzung des Arbeitskampfrechts zu erreichen. Der Expertenausschuss der Sozialcharta hält gerade eine richterliche Rechtsfortbildung für chartakonform.[162]

2.3.5. Verfassungspolitischer Ausblick

In der italienischen und französischen Verfassungsrechtsdoktrin[163] wird die privatrechtliche Folge der Suspendierung direkt der Verfassung entnommen. Wie die Rechtslage de lege lata zeigt, erweist sich der verfassungspolitische Weg zur Statuierung eines ausdrücklichen subjektiven Streikrechts in der Verfassung schon aus diesem Grunde als nicht erforderlich. Die Rechtssituation in Italien und Frankreich zeigt aber auch, dass ohne den gesetzlichen oder richterrechtlichen „Unterbau", welcher den Umfang einer Arbeitskampfgarantie näher umschreibt, jede ausdrückliche verfassungsrechtliche Garantie toter Buchstabe bleiben muss. Es kann demnach nicht darauf ankommen, ob eine ausdrückliche Streikgarantie besteht. Immerhin würde eine ausdrückliche, in der Verfassung genannte und entsprechend Art. 9 Abs. 3, S. 2 GG mit „unmittelbarer" Drittwirkung versehene Koalitionsfreiheit die heute noch notwendige Lösung über die Generalklauseln des

161) Vgl. hierzu s.u. ausführlich bei der Behandlung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, 228 ff.

162) Conclusions I (1969/70), 41

163) Zu Italien vgl. *Giugni*, Streik und Aussperrung in Italien, Protokoll 265 ff., 268 und ausführlich zur Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofs: *Bleckmann*, La grève dans la charte sociale (interprétation et application de la charte sociale), 397 ff.; zu Frankreich vgl. Lyon/Caen, Protokoll a.a.O., 333 ff.

Zivilrechts überflüssig machen, was somit eine dogmatisch sauberere Lösung wäre.[164]

Nun wurde aber in der schweizerischen Doktrin vor allem von *Kägi*.[165] entsprechend dem schon in der deutschen Doktrin der Weimarer Republik gemachten Vorbehalt[166] gegenüber einer mit unmittelbarer Drittwirkung versehenen verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit der Vorwurf erhoben, eine solche Drittwirkungsklausel lasse sich mit den notwendig aufzustellenden Grenzen eines Streikrechts nicht vereinbaren; Streikfreiheit könne schon deshalb einer Koalitionsfreiheit dogmatisch nicht zugeordnet werden:

> „So wie jede gegen die Koalitionsfreiheit gerichtete Abrede oder Massnahme rechtswidrig ist, so müsste jede private Handlung, die die Streikfreiheit einschränkt, ebenfalls rechtswidrig sein. Das führt zum unsinnigen Resultat, dass jede Abwehrreaktion des Sozialpartners gegen den Streik (also jede Aussperrung), dass selbst jeder Dienstvertrag und jeder GAV wegen der damit verbundenen Arbeitspflicht bzw. Friedenspflicht rechtswidrig sein würde".

Hier muss nun differenziert werden. Es wurde dargestellt, dass wie die verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit die ihr zuzuordnende Streikfreiheit um der tatsächlichen Verwirklichungschancen einer Koalitionsfreiheit willen nicht durch private Massnahmen des Arbeitgebers ausgehöhlt werden darf. Die mittelbare (de lege lata) oder unmittelbare (de lege ferenda) Privatrechtsgeltung der Koalitionsfreiheit vermag dies zu verhindern, denn hier ist unmittelbar das soziale Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber im Einzelarbeitsverhältnis angesprochen. Dass „Drittwirkung" hier nicht zu einem unsinnigen Resultat führt, zeigt sich aber auch an der Frage, ob eine Friedenspflicht des Arbeitnehmers einzelvertraglich gültig abge-

164) Schon die Kommission Wahlen hat sich in ihrem Schlussbericht 143 f., 99 gerade im Hinblick auf den Schutz vor Eingriffen Privater für die Verbürgung einer ausdrücklichen Koalitionsfreiheit ausgesprochen; vgl. auch die Arbeitspapiere I der Expertenkommission für eine Teilrevision der Bundesverfassung, 1974, 36. Nach dem Verfassungsentwurf von 1977 sollen Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht haben, betriebliche und berufliche Angelegenheiten gemeinsam zu regeln (Art. 28 Abs. 1).

165) *Kägi*, Koalitionsfreiheit, 90

166) Vgl. hierzu *Seiter*, Streikrecht, 65

macht werden kann. Der einzelvertragliche Verzicht (zeitweise oder ganz) auf die Ausübung des Streikrechts müsste als rechtswidrig un gegen eine Drittwirkungsklausel verstossend angesehen werden. Das zu wahrende Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers macht hier gerade im Interesse einer wirksamen Streik- und Koalitionsfreiheit eine unmittelbar wirkende Drittwirkungsklausel erforderlich.[167] Der Versuch, dieses Ergebnis auch mittelbar über die Generalklausel von Art. 27 f. ZGB erreichen zu wollen, dürfte angesichts der Abwägungsschwierigkeiten mit dem „wirtschaftlichen Persönlichkeitsrecht des Arbeitgebers" auf erhebliche Probleme stossen. Eine solche Vertragsklausel müsste jedenfalls als unsittlich angesehen werden. Aus dieser Tatsache lässt sich aber auch wieder auf die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung des streikenden Arbeitnehmers schliessen. Kann dem Arbeitnehmer kein völliger Verzicht auf den Arbeitskampf nahegelegt werden, so ist auch eine Beschränkung des Arbeitnehmers auf die Kündigung als alleinige „Kampfmassnahme" nicht zulässig.

Von dieser Frage ist nun das Problem zu unterscheiden, ob eine gesamtarbeitsvertragliche Friedenspflicht als Schranke des Streikrechts ebenfalls an dem Verbot unzulässiger Beeinträchtigung des Arbeitskampfes durch Private scheitern müsste. Liegt hier eine der Drittwirkungsklausel widersprechende Abrede vor?[168] Schon heute findet sich die Streikfreiheit durch die in Art. 357a Abs. 2 OR enthaltene relative Friedenspflicht gesetzlich begrenzt; schon um einer in der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit mitgeschützten funktionsfähigen Koalitionsbetätigung durch kollektive Verhandlungen willen kann eine solche Beschränkung nicht mit einer Drittwirkungsklausel kollidieren; vielmehr hat zwischen den verfassungsrechtlich gleichgestellten Koalitionspartnern eine Einigung über die mit dem Institut des

167) Auf die Arbeitskampfbefugnis kann auch nach *Flühmann* nicht völlig verzichtet werden; vgl. *Fluhmann*, Auswirkung 78 f.; auch für *Seiter*, Streikrecht, 94 kann eine solche Klausel vor Art. 9 Abs. 3, S. 2 GG nicht standhalten; auf die Problematik des einzelvertraglichen Streikverzichts ist unten vgl. S. 195 f. noch näher einzugehen.

168) Vgl. hierzu das italienische Urteil: Soc, Pirelli c. Abbatista, Cour de Cassation vom 10. 2. 1971, Notiziaria di giurisprudenza del lavoro, Roma 1971, 212, abgedruckt in RIT 1974, (109), 197 f.

GAV verbundene relative Friedenspflicht stattgefunden, welche der Gesetzgeber sanktioniert hat. Der gesetzlichen Regelung liegt also der Gedanke zugrunde, dass die dem GAV zugewiesene Ordnungsfunktion auf dem Arbeitsmarkt (Unabdingbarkeit der Arbeitsbedingungen) nur gewahrt werden kann, wenn sich auch der Arbeitgeber auf die zeitweise Beachtung der abgeschlossenen Arbeitsbedingungen durch die Gegenseite verlassen kann. Das Streikrecht ist staatlicherseits anerkannt, um den Abschluss eines neuen GAV zu erleichtern und die Einigung über die Fortsetzung der Arbeit bzw. die Wiederherstellung des Arbeitsfriedens zu ereichen. Dieser Aufgabe kann es nur gerecht werden, wenn es sich nicht über die Funktionsbedingungen der Tarifautonomie hinwegsetzt. Dem Streikrecht ist also die Beschränkung durch die tarifliche Friedenspflicht immanent.[169] Ein solchermassen „verkürzt" garantiertes Streikrecht kann auch durch eine vertragliche Abrede nicht beschränkt werden. – Ist nun aber auch eine vertraglich abgemachte absolute Friedenspflicht mit einer verfassungsrechtlichen Drittwirkungsklausel vereinbar?

Wegen des zwischen den Sozialpartnern fehlenden sozialen Machtgefälles dürfte m.E. auch die vertraglich abgemachte absolute Friedenspflicht nicht als Verstoss gegen die Drittwirkungsklausel angesehen werden. Eine unter machtmässig vergleichbaren und von der Verfassung gleichgeordneten Partnern erreichte Einigung auf eine absolute Friedenspflicht würde zumindest dann einer Drittwirkungklausel nicht widersprechen, wenn für eine bestimmte Zeit (nicht generell), wie im schweizerischen Friedensabkommen üblich, umfangreiche Einigungsverfahren (Schlichtungs- und Schiedsverfahren) an die Stelle des

169) *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 283, Fn 220; *Seiter*, Streikrecht, 95 f.; in einem neueren italienischen Urteil wird obige Feststellung ausdrücklich bestätigt, vgl. RIT 1974, 198

Kampfes treten.[170] Das Streikrecht bleibt hier den Arbeitnehmern grundsätzlich erhalten; es wird nur zeitweise voll ausgeschlossen.[171] Ebenso muss auch der Einwand *Kägis* abgelehnt werden, dass jedes Abwehrmittel des Arbeitgebers gegen einen Arbeitskampf schon an der Drittwirkungsklausel scheitern müsste. Eine Abwehraussperrung kann nicht als eine auf die Beschränkung des Streikrechts gerichtete Massnahme oder Abrede angesehen werden; die Ausperrung setzt gerade die Ausübung des Streikrechts voraus und beschränkt nur dessen Erfolgsaussichten. Insoweit sich zur Sicherung eines funktionsfähigen Auseinandersetzungsprozesses bestimmte Abwehrrechte des Arbeitgebers als notwendig erweisen sollten, könnte auch nicht gleichzeitig eine Kollision mit einer Drittwirkungsklausel angenommen werden.[172]

2.4. Kann der Europäischen Menschenrechtskonvention die Garantie eines subjektiv-privaten Streikrechts entnommen werden?

2.4.1. Die innerstaatliche Geltung der EMRK und der Grundsatz der konventionskonformen Auslegung als Durchsetzungsform der EMRK

Die EMRK gilt seit dem 28. 11. 1974 als Landesrecht. In der schweizerischen Praxis und Lehre ist heute einhellig anerkannt, dass Staatsverträge und somit auch die EMRK den Vorrang haben vor allem kan-

170) Anlässlich der letzten Erneuerung des Friedensabkommens in der schweizerischen Maschinenindustrie wurde das Bekenntnis des SMUV zur unbedingten, absoluten Friedenspflicht mit der Forderung nach Einführung einer „unbedingten" Schiedsgerichtsbarkeit" gekoppelt, vgl. NZZ v. 27. 9. 1973 und 26. 9. 1973. Die schweizerische Doktrin befürwortet grundsätzlich die absolute Schiedsgerichtsbarkeit als „logisches Pendant zur absoluten Friedenspflicht, gibt sich jedoch auch über die Schwierigkeiten der Einführung Rechenschaft, vgl. *Schweingruber/Bigler*, Kommentar z. GAV, 60 f.; in der Vereinbarung von 1974 (abgedruckt in SMUV-Zeitung vom 5. 7. 1974) fand die absolute Schiedsgerichtsbarkeit (noch) keine Aufnahme.

171) *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 282 f., Fn 220; ebenso *Reuss*, Die Bindung der Rechtsprechung an die autonome Konkretisierung abstrakter Begriffe, RdA 1976, 53 f., 55 („durch die Erstreckung der Friedenspflicht darf die Arbeitskampffreiheit nicht grundsätzlich ausgeschlossenwerden") und ders., Autonome Arbeitskampfordnungen, AuR 1975, 6 f.

172) Ebenso *Seiter*, Streikrecht, 96

tonalen Recht, Bundesverordnungen und zeitlich früheren Bundesgesetzen.[173] Umstritten ist allein die Frage, wie ein allfälliger Konflikt zwischen Staatsvertrag und späteren Bundesgesetzen zu lösen sei. Diese Kontroverse kann aber hier unberücksichtigt bleiben,[174] da allein die bestehenden allgemeinen obligationenrechtlichen und arbeitsvertraglichen Bestimmungen in ihrer möglichen richterlichen Anwendung auf den Arbeitskampf den Anforderungen der EMRK in Art. 11 gegenübergestellt werden müssten.

Sollte nun die in Art. 11 garantierte Koalitionsfreiheit[175] auch ein Streikrecht mitumfassen, so wäre zu fragen, ob eine Auslegung der obligationenrechtlichen Bestimmungen, welche den Arbeitskampf als Vertragsbruch mit den entsprechenden Rechtsfolgen ansieht, mit Art. 11 vereinbar sein kann.

Ein solcher Konflikt könnte nun nicht in der Weise gelöst werden, dass Art. 11 eine unmittelbare Geltung unter Privaten zuerkannt würde; denn es besteht heute Einigkeit, dass die Konvention nur Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger regeln will[176] Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass der nationale Gesetzgeber – dies wurde schon für das Verfassungsrecht anerkannt – in institutioneller Betrachtung der Grundrechtsprogrammatik den Konventionsgarantien auch unter den Privaten zur Geltung verhilft.[177] Eine Erweiterung der Schutzgarantien der EMRK auf die Rechtsverhältnisse unter Privaten kann indirekt auch dadurch erreicht werden, dass der EMRK im Rahmen der Auslegung und Anwendung einzelner Bestimmungen des kantonalen und eidgenössischen Rechts Beachtung geschenkt wird. Der Grundsatz, das Gesetz sei so weit wie möglich in Übereinstimmung mit dem Staatsvertrag auszulegen (staatsvertragskonforme Aus-

173) *Müller*, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 224, und ders., Die Anwendung der EMRK, 378 mit weiteren Hinweisen; ebenso *Wildhaber*, Verfassungsrang der EMRK, ZbJV 1969, 260 f.

174) Hierzu *Müller*, Anwendung 377 ff.

175) Art. 11 der EMRK v. 4. 11. 1950 gewährt allen Menschen das Recht sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschliessen, einschliesslich das Recht zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.

176) Vgl. *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der EMRK, in „Die Grundrechte", Bd. I, 1 Berlin 1966, 442 ff. 444 f. und *Delbrück*, Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung? 226 mit weiteren Hinweisen.

177) *Delbrück*, a.a.O., 230 und *Müller*, Anwendung, a.a.O., 388

legung des Gesetzes)[178] vermag oft Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu lösen und internationalen Normen praktisch auch unter Privaten Geltung zu verschaffen. Die Nichtbeachtung der Anforderungen der Konvention z.B. bei Auslegung des hier interessierenden Bundeszivilrechts müsste als „mittelbare"[179] Konventionsverletzung angesehen werden. „Die Rüge der nichtvertragskonformen Auslegung müsste nun im gleichen Verfahren erfolgen, in dem die unrichtige Auslegung oder Anwendung der betreffenden Bestimmung gerügt werden könnte."[180] Auf dem Wege der konventionskonformen Auslegung des Bundeszivilrechts könnte somit das gleiche Ergebnis erzielt werden wie durch „mittelbare Drittwirkung" einer in der BV enthaltenen Koalitionsfreiheit. Voraussetzung aber ist, dass in Doktrin und (europäischer) Praxis eine überwiegende und deutliche Auffassung für eine Zuordnung des Streikrechts zu Art. 11 EMRK festgestellt werden kann.

2.4.2. Stellungnahme der Doktrin zur Garantie eines Streikrechts in Art. 11 EMRK

Diese Frage wird in der Literatur kaum berührt. Teilweise wird in der Lehre die Auffassung vertreten, aus Art. 11 EMRK liesse sich kein Streikrecht ableiten. Dies ergebe sich aus dem weiten Vorbehalt von

178) *Müller*, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 225 und ders., Anwendung, 388 f.; Die dogmatische Begründung dieses Auslegungsgrundsatzes liegt im Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht.

179) Das Gesetz widerspricht hier also nicht unmittelbar und offensichtlich der EMRK, sondern lässt nur eine ihr widersprechende Auslegung zu. Hierzu *Muller*, Anwendung, 389 f.

180) *Müller*, Anwendung, 389 f.

Art. 11 Abs. 2,[181] welcher auch ein vollständiges Verbot des Streiks zulasse, zum andern ergebe sich aus der entstehungsgeschichtlichen Interpretation keine andere Lösung.[182]

Die herrschende deutsche Doktrin ist sich heute einig, dass jedenfalls der Aussagegehalt der in der EMRK enthaltenen Koalitionsfreiheit für das Arbeitskampfrecht nicht über den schon durch Art. 9 Abs. 3 GG erfassten Inhalt hinausgehen könne.[183] Die h.L. sieht aber den Arbeitskampf im Koalitionsrecht von Art. 9 Abs. 3 GG verankert. *Nipperdey* sieht deshalb den Arbeitskampf sowohl in der EMRK wie im GG geregelt.[184]

Auch in der österreichischen Doktrin fand der Gedanke einer Arbeitskampfgewährleistung einschliesslich einer Kampffreiheit der Arbeitgeberseite in der EMRK Zustimmung.[185]

Die Doktrin in der Schweiz stimmt insoweit mit der deutschen Lehre überein, als gerade durch die Ausnahmevorschrift von Art. 11 Abs. 2, S. 2 EMRK das Streikrecht der Beamten nicht nur beschränkt, sondern auch untersagt werden könne.[186] Damit müsste aber doch das Streikrecht in der Privatwirtschaft als grundsätzlich gewährleistet an-

181) Der Vorbehalt von Abs. 2 lautet: „Die Ausübung dieser Rechte darf keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als den vom Gesetz vorgesehenen, die in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen und öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Dieser Artikel verbietet nicht, dass die Ausübung dieser Rechte durch die Mitglieder der Polizei, der Streitkräfte oder der Staatsverwaltung gesetzlichen Einschränkungen unterworfen wird".

182) *Tomandl*, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, 98; zur Entstehungsgeschichte vor allem *Burckhardt*, Streikrecht und internationale Verpflichtungen, 29 ff. mit weiteren Hinweisen.

183) *Gitter*, Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht, ZfA 1971, 127 ff., 134; *Nipperdey*, Arbeitsrecht, II, 2, 920 f. und entsprechend *Zeitler*, Streikrecht und GG, 53; vgl. auch *Däubler*, Streik, 171 ff.

184) *Nipperdey*, a.a.O.; implicit auch *Guradze*, Die EMRK, Berlin 1968, 170 und *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der EMRK (beide Autoren gehen davon aus, dass das Beamtenstreikrecht ausgeschlossen werden kann), 446, Fn 160

185) *Floretta*, Arbeitsrecht und EMRK, Salzburg 1967, 17 f. und *Pernthaler*, Verfassungsrechtliche Probleme der autonomen Rechtsetzung, ÖZöffR 1967, 80 f.

186) Vgl. *Wormser*, Streikartikel, 99 und Junod, La Suisse et la convention européene des droits de l'homme, Neuenburg 1969, 82

gesehen werden. Zumindest bei extensiver Interpretation von Art. 11 stimmt auch *Wormser* einer Garantie des Streiks der privaten Arbeitnehmer zu. *Zanetti* sieht entsprechend der Koalitions- und Vereinigungsfreiheit das Korrelat des Streiks wegen seines Menschenrechtscharakters als von der ESCH und EMRK garantiert an.[187]

2.4.3. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Würdigung

2.4.3.1. Falldarstellung (in Übersicht)

Erst in jüngster Zeit erfuhr die lange Zeit in Vergessenheit geratene Bestimmung von Art. 11 EMRK Konkretisierung durch die Rechtsprechung der Europäischen Kommission und des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.
Zunächst soll der Fall „Syndicat national de la police belge" erwähnt werden:[188] Die nationale belgische Polizeibeamtengewerkschaft warf der belgischen Regierung vor, sie nicht als eine der repräsentativen Organisationen anzuerkennen, welche aufgrund der Gesetzgebung insbesondere in Fragen der Personalstruktur, Einstellungsbedingungen, finanzielle Stellung usw. zu konsultieren sei. Sie werde damit in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt und gleichzeitig gezwungen, sich den als „repräsentativ" angesehenen grossen, politisch orientierten Gewerkschaften anzuschliessen. Die Beschwerdeführerin machte eine Verletzung von Art. 11 und 14 EMRK geltend.
Die Kommission vermochte aber keine Verletzung von Art. 11 festzustellen, da die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Kategorien von Gewerkschaften gerechtfertigt sei. Ob aber das Konsultationsrecht und die Freiheit zu kollektiven Verhandlungen zum Bestandteil der Koalitonsfreiheit gehöre, liess die Kommission offen.

187) *Wormser*, a.a.O., und *Zanetti* in seiner dissenting opinion zur Problematik des Beamtenstreiks nach Art. 6 Abs. 4 ESCH, in, Conclusions IV, 1976, 136 f. und ders., Les Art. 5 et 6 de la charte sociale européenne, Colloque, Bruxelles 1976
188) European Yearbook 15, 482 und abgedruckter Entscheid in EuGrZ, 75, 562 ff.

In einem ähnlichen Fall, welcher die schwedische Lokomotivführergesellschaft betraf,[189] wird die Weigerung des zentralen „Büros für Tarifverhandlungen" geprüft, mit derselben Tarifverträge abzuschliessen. Diese Weigerung habe für die Gewerkschaften eine Reihe von Nachteilen zur Folge gehabt; so führe die Benachteiligung gegenüber den grossen Gewerkschaften, mit denen die Regierung regelmässig Tarifverträge abschliesse, zur Schwächung des Verbandes insbesondere durch den möglichen Austritt von Beamten. Die Kommission konnte aber keine Verletzung von Art. 11, 13 und 14 durch Verweigerung des Tarifabschlusses erkennen.[190]

Der dritte Art. 11 EMRK betreffende Fall ist Schmidt/Dahlström von Schweden. Die Beschwerdeführer gehören Beamtengewerkschaften an, welche nach dem Scheitern von Tarifverhandlungen sektorielle Teilstreiks ausgerufen hatten. In ihrer Beschwerde wiesen sie darauf hin, dass die Weigerung der Regierung, die rückwirkende Zahlung einer Gehaltserhöhung vorzunehmen deshalb gegen Art. 11 und Art. 14 EMRK verstosse, weil Mitglieder anderer Gewerkschaften oder gewerkschaftsunabhängige Arbeitnehmer, die am Streik nicht teilgenommen hatten, in den Genuss dieser Zahlung gekommen seien. Die Komission sah in dieser Vorzugsbehandlung jedoch keine Verletzung von Art. 11 und 14 EMRK.

2.4.3.2. Die Urteilsbegründungen des EuGHfMR

Der Gerichtshof geht in allen drei Fällen davon aus, dass die in Art. 11 als besonderer Aspekt der Vereinigungsfreiheit garantierte Gewerkschaftsfreiheit „den Gewerkschaften oder deren Mitgliedern nicht eine bestimmte Behandlung seitens des Staates garantiere". Somit könne durch Art. 11 weder ein Konsultationsrecht[191] und ein Recht auf Abschluss eines Tarifvertrages,[192] noch ein Recht auf die rückwir-

189) YB 14, 594 und 15, 328; abgedruckter Entscheid des Gerichtshofes in EuGrZ 76, 62 ff.
190) YB 15, 576 und EuGrZ 76, 68 ff.; die beiden letztgenannten Fälle wurden am 7. 10. 74 bzw. 9. 10. 74 von der Kommission dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt.
191) EuGrZ 75, 564
192) EuGrZ 76, 65

kende Geltung von Lohnvorteilen[193] gewährleistet sein. Solche Grundsätze seien weder in allen Vertragsstaaten durch die internationale Gesetzgebung oder Praxis anerkannt, noch seien sie als „für die wirksame Betätigung der Gewerkschaftsfreiheit unabdingbar"[194] zu betrachten. Sie stellten deshalb auch keinen notwendigen Bestandteil einer Koalitionsfreiheit dar.

Im übrigen verweist der Gerichtshof auf den die „Gewerkschaftsfragen" regelnden Art. 6 der ESCH. Auch dessen Bestimmungen würden weder „ein echtes Recht auf Konsultierung" anerkennen, noch ein Recht auf Abschluss von Tarifverträgen". Die entscheidende Argumentation wird nun aber vom Gerichtshof in einer fast wörtlich in allen drei Fällen wiederkehrenden Formulierung im Hinblick auf die in Art. 11 Abs. 1 enthaltene Zielsetzung „zum Schutze ihrer Interessen" ausgebreitet. Im Originaltext lautet die Passage schon im ersten Fall:

> „La Cour ne souscrit pas pour autant à la thèse de la minorité de la Commission, qui qualifie de redondants les mots „„pour la défense de ses intérêts"". Ces mots, indiquant clairement un but, montrent que la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les Etats contractants doivent à la fois autoriser et rendre possibles la conduite et le développement. De l'avis de la Cour, il s'ensuit qu'en vue de la défense de leurs intérêts les membres d'un syndicat ont droit à ce qu'il soit entendu. Assurément, l'article 11 § 1 laisse à chaque Etat le choix des moyens à employer a cette fin; la consultation en constitue un, mais il y en a d' autres Ce qu' exige la Convention, c'est que la législation nationale permette aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la defense des interets de leurs membres".[195]

Im zweiten Entscheid „Svenska lökmannaförbundet" wird in gleicher Richtung ausgeführt, dass auch „der Abschluss von Tarifverträgen ein Mittel sei, welches der Staat zum Schutze der Mitgliederinter-

193) EuGrZ 76, 70

194) Dieses Kriterium taucht in allen drei Entscheidungen auf: EuGrZ 75,564; 76, 64; 76, 70

195) So im Fall „syndicat national de la police belge" EuGrZ 75, 564; eine fast übereinstimmende Formulierung enthalten die anderen Urteile: EuGrZ 76, 65 und 76, 70.

essen einer Gewerkschaft einsetzen könne, doch gebe es auch andere".[196] Im Schmidt/Dahlström-Fall legt der Gerichtshof ebenfalls u.a. dar, dass die Gewährung eines Streikrechts zweifellos eines der bedeutendsten Mittel darstelle, welches der Staat zum Schutze der Gewerkschaftsinteressen bereitstellen könne, doch gebe es andere.[197] Im Unterschied zu den beiden ersten Entscheiden fährt das Gericht fort, dass „das Streikrecht, welches in Art. 11 nicht ausdrücklich gewährleistet sei, durch das innerstaatliche Recht einer Regelung unterworfen werden könne, welche seine Ausübung in bestimmten Fällen einschränkt".[198] Dies zeige auch die Regelung in der Sozialcharta Art. 31. Die Beschwerdeführer hätten im konkreten Fall durch die staatlichen Eingriffe ihr Recht nicht eingebüsst, für ihre Belange zu kämpfen.[199]

2.4.3.3. Würdigung dieser Rechtsprechung

Einen wichtigen Anknüpfungspunkt der gerichtlichen Argumentation bildet die in Art. 11 Abs. 1 EMRK vorgefundene Zielvorstellung der Koalitionsfreiheit, dass die Arbeiter „zum Schutze ihrer Interessen" Gewerkschaften bilden können. Diese Zwecksetzung wird einmal in dem Sinne konkretisiert, dass den Gewerkschaften und ihren Mitgliedern die Möglichkeit gegeben werden müsse, ihre Interessen durch kollektive Massnahmen zu verteidigen. Die Konvention verlange auch, dass die Gesetzgebung den Koalitionen gestatte, „zum Schutze der Interessen Ihrer Mitglieder zu kämpfen".
Zumindest aus den ersten beiden Urteilen geht nun klar hervor, dass das Gericht mit den Begriffen „lutter" und „defendre" nicht eine bestimmte Form von kollektiver Interessenwahrnehmung schützen will. Ein Recht auf Konsultation und auf Abschluss von Tarifverträgen müsse schon deshalb nicht notwendig als vom Gewährleistungsinhalt

196) EuGrZ 76, 65; Anmerkung zum Urteil von *Fahlbeck*, EuGrZ 76, 471 ff.
197) EuGrZ 76, 70; Anmerkung zum Urteil von *Fahlbeck*, EuGrZ 76, 476 f.
198) Ebd
199) EuGrZ 76, 71

von Art. 11 erfasst gelten, da den Parteien in den genannten Fällen regelmässig noch andere Möglichkeiten offenstünden, um ihre Interessen zu schützen.[200] Auch im Schmidt/Dahlström-Entscheid wird festgehalten, dass den Koalitionen das Recht gewährt sei, „in einer Art. 11 nicht zuwiderlaufenden Weise für ihre beruflichen Interessen zu kämpfen", gleichzeitig aber darauf verwiesen, dass neben dem Streikrecht auch andere Mittel der Durchsetzung dieser Interessen bestünden. Geht damit das Gericht auch hier von einer sehr zurückhaltenden (restriktiven) Auslegung der Koalitionsfreiheit aus, nach welcher dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum[201] gegeben wäre, über die wirksamen Mittel zur Realisierung des in Art. 11 umschriebenen Zwecks zu entscheiden? Eine solche Auslegung müsste auch im S/D-Entscheid angesichts des Wortlautes und der unübersehbaren Kontinuität gegenüber den früheren Entscheiden als vertretbar erscheinen.[202] Danach wäre Streikrecht kein dem Art. 11 EMRK notwendig innewohnender Bestandteil.

Im Unterschied zu den ersten zwei Entscheiden des Gerichtshofs zu Art. 11 wird im letzten Entscheid diese Folgerung für das Streikrecht nicht ausdrücklich gezogen. Vielmehr stellte das Gericht fest, dass die Ausübung des in Art. 11 nicht ausdrücklich gewährleisteten Streikrechts entsprechend Art. 31 ESCH Beschränkungen unterliege; dies müsste zur Annahme führen, dass Art. 11 nun doch das Streikrecht zumindest grundsätzlich gewährleistet. Ob nun aber das Gericht dies tatsächlich aussagen wollte, wird jedenfalls aus dem konkreten Fallentscheid nicht hinreichend deutlich; denn es wird nur festgestellt, dass die Beschwerdeführer durch die kollektiven Beschränkungen des Arbeitgebers nicht „die Möglichkeit eingebüsst hätten, für ihre beruflichen Interessen zu kämpfen".[203] Das Recht der Beamten zu strei-

200) Die Koalitionen könnten z.B. ihre Forderungen vortragen und bei staatlichen Behörden zum Schutze ihrer Mitglieder vorstellig werden, vgl. Entscheid „syndicat national", EuGrZ 75, 565; im Fall „Svenska Lökmannförbundet" hält der Gerichtshof fest, dass die Organisationen einen von Art. 11 geschützten Anspruch haben, gehört zu werden.

201) Ein solch weiter Spielraum lässt sich entsprechend in der ESCH zwar in Art. 6 Abs. 1 und 2, nicht aber in Abs. 4 entdecken. Vgl. s.u. zur Aussperrung S. 197 ff.

202) So auch *Wildhaber*, Die Koalitionsfreiheit gemäss Art. 11 EMRK, German Yearbook of International Law, Vol. 19, Berlin 1976, S. 247

203) EuGrZ 76, 71

ken wäre also im konkreten Fall nicht tangiert. Ob das Gericht anders entschieden hätte, wenn das Streikrecht (der Beamten) überhaupt in Frage gestellt worden wäre, ist schwerlich nachzuvollziehen. Immerhin fällt auf, dass das Gericht im Gegensatz zum Konsultationsrecht und zum Recht auf Abschluss von Tarifverträgen beim Streikrecht keine alternativen Massnahmen zur „wirksamen Betätigung der Koalitionsfreiheit" zu nennen weiss. Muss aber nicht gerade das Streikrecht als „unabdingbar für eine wirksame Gewerkschaftsfreiheit" angesehen werden? Zur Beantwortung muss auf die vom Gerichtshof genannten Kriterien[204] eingegangen werden, die ein in Anspruch genommenes Recht erfüllen muss, damit es als notwendiger Bestandteil von Art. 11 angesehen werden kann.

Im Wortlaut des Art. 11 EMRK ist das Streikrecht nicht erwähnt. Dagegen kann davon ausgegangen werden, dass „alle Vertragsstaaten" das Streikrecht „im Grundsatz in ihrer Gesetzgebung oder internen Praxis eingeführt haben".[205] Ebenso müsste das Streikrecht als „unabdingbar für die wirksame Ausübung einer Gewerkschaftsfreiheit" angesehen werden; diese Ansicht wird in dieser Arbeit mehrfach begründet und könnte m.E. allein dadurch eine Richtungsänderung erfahren, dass „in ferner Zukunft" in den Vertragsstaaten die „paritätische Mitbestimmung" im Unternehmen unter gewerkschaftlicher Beteiligung ein Streikrecht weitgehend überflüssig machen würde.

Als letztes Kriterium dafür, ob ein Recht als unabdingbarer und notwendiger Bestandteil von Art. 11 anzusehen ist, nennt der Gerichtshof die Sozialcharta.[206] Die Sozialcharta erscheint bei näherer Betrachtung der Urteile des Gerichtshofs als bedeutsame Interpretationshilfe für die Ermittlung des Garantiegehalts von Art. 11. So wird im

204) Diese Massstäbe finden sich deutlich schon im Entscheid „Syndicat national de la police belge", EuGrZ 75, 564 und werden gleichermassen auch in den beiden anderen Urteilen angeführt.

205) Eine rechtsvergleichende Übersicht über die Rechtslage in den westeuropäischen Staaten bietet *Kahn-Freund,* Le droit de greve.

206) Besonders bemerkenswert ist, dass sich der EuGHfMR für zuständig erachtet, zu Fragen Stellung zu nehmen, die in einer anderen internationalen Konvention spezieller geregelt sind. Müsste sich das Gericht hier auch von der Auslegung der Kontrollinstanzen der ESCH leiten lassen?

Entscheid „syndicat national de la police belge" festgehalten, dass ein echtes Konsultationsrecht in Art. 6 Abs. 1 ESCH nicht anerkannt sei und damit auch nicht angenommen werden könne, „dass sich ein solches Recht stillschweigend aus Art. 11 EMRK ergebe".[207]
Ebenso könne auch nicht ein Recht auf den Abschluss von Tarifverträgen als stillschweigend garantiert dem Schutzbereich von Art. 11 zugerechnet werden, denn schon Art. 6 Abs. 2 ESCH verpflichte den Staat nur zur Bereitstellung von Verfahren für freiwillige Verhandlungen. Wie der Gerichtshof selbst andeutet,[208] möchte er mit dieser Auslegung der EMRK im Lichte der in der ESCH enthaltenen „gewerkschaftlichen Freiheiten" eine Interpretation vermeiden, welche der EMRK einen weiteren Garantiegehalt zumisst, als schon durch die ESCH vorgesehen ist.
Die Sozialcharta von 1961 soll nicht gegenüber der EMRK von 1950 einen sozialen „Rückschritt" bringen.
Eine solche Gefahr einer extensiven Interpretation von Art. 11 ist nun im Hinblick auf die Garantie eines Streikrechts nicht gegeben. Art. 6 Abs. 4 ESCH garantiert das Streikrecht ausdrücklich; es könnte damit der Linie des Gerichtshofs folgend auch als notwendiger Bestandteil von Art. 11 EMRK angesehen werden. Allerding erscheint dieser Schluss insoweit nicht völlig zwingend, als die EMRK zwar durchaus den gleichen Schutzbereich wie Art. 6 Abs. 4 ESCH umschreiben, aber ebenso hinter den „die EMRK ergänzenden" Anforderungen der ESCH zurückbleiben kann, zumindest was einzelne Teilbereiche eines Streikrechts angeht. Das Gericht nimmt hier in Bezug auf das Streikrecht nicht eindeutig Stellung; es bleibt vielmehr zweideutig und unpräzise, indem es einmal auf die möglichen Alternativmassnahmen eines Streikrechts abstellt, zum anderen die nach Art. 31 ESCH zulässige Beschränkung (eines grundsätzlich gewährleisteten Streikrechts) erwähnt.[209]

207) EuGrZ 75, 564
208) EuGrZ 75, 564
209) Im Fall „Syndicat national de la police belge" sieht *Wildhaber*, Zum Fall des „Syndicat national"..., in Gedächtnisschrift *Peter Jäggi*, Fribourg 1977, 365 ff. (385) u.a. auch das Streikrecht nicht durch den EuGHfMR garantiert.

Der Schmidt/Dahlström-Entscheid hat zudem allein die Schutzbeziehung von Bürger und Staat, im konkreten Fall die mögliche Beeinträchtigung des Streikrechts der Beamten durch den Staat zum Inhalt; er sagt nichts darüber aus, ob die dem Entscheid entnehmbare Auffassung, dass das (Beamten-)Streikrecht nicht notwendiger Bestandteil von Art. 11 sei, auch für das Streikrecht in privaten Wirtschaftsunternehmen Gültigkeit hätte.

2.4.4. Ergebnis

Angesichts der vom Gericht selbst aufgestellten, für die Zuordnung eines Rechts zum Schutzbereich des Art. 11 entschiedenen Kriterien hätte m.E. das Streikrecht als wesentliches Mittel zur Realisierung der Gewerkschaftsfreiheit in Art. 11 EMRK mitgeschützt angesehen werden müssen. Der Gerichtshof hat aber hier in seinen Schlussfolgerungen nicht eindeutig Stellung bezogen. Auch das besonders bemerkenswerte Vorgehen des europäischen Gerichtshofs, sich bei der Auslegung der EMRK von der Interpretation eines anderen, dieselben oder ähnliche Bestimmungen enthaltenden internationalen Textes leiten zu lassen,[210] hat hier kein klares Resultat für die Anerkennung eines Streikrechts in der EMRK gezeitigt.[211] Im Gegensatz hierzu hat *Zanetti*[212] jüngst in seiner dissenting-opinion zur Auslegung von Art. 6 Abs. 4 ESCH durch die Experten auf den im Menschenrechtscharakter begründeten engen Zusammenhang zwischen der in der EMRK gewährten Koalitionsfreiheit und der Garantie von Art. 5/6

210) Vgl. s.o. Fn 201; diese Auslegungsmethode des EuGHfMR wirft zahlreiche Probleme auf. vgl. *Jacobs*, The European Convention on Human Rights, Oxford 1975, 161 und Vandersanden, EuGrZ 76, 79, Fn 12/13; *Müller*, Anwendung, 400; *Bleckmann*, Interprētation, 391 ff. und hierzu auch s.u. S. 288.

211) Nach *Wildhaber*, Koalitionsfreiheit (vgl. Fn 201), 253 ist zwar durch Art. 11 EMRK „kein unbeschränktes Recht zum Streik, Streikpostenstellen oder zur Aussperrung gewährleistet". Hingegen erscheint es diesem Autor „nicht ausgeschlossen, dass die Verweigerung solcher Ansprüche Art. 11 EMRK verletzen könnte, wenn die Gewerkschaften dadurch an der wirksamen Verteidigung der Interessen ihrer Mitglieder gehindert würden".

212) *Zanetti*, Conclusions IV, 136 f.

ESCH verwiesen; eine Garantie des Streikrechts durch Art. 11 EMRK wird von ihm bejaht. Ist demnach unser Problem auch nach dem Schmidt/Dahlström-Entscheid weitgehend offengeblieben, so kann eine eindeutige Anerkennung eines subjektiv-privaten Streikrechts nur von der ESCH erwartet werden.[213)]

2.5. Die „moderne" Streikrechtskonzeption des Art. 6 Abs. 4 der ESCH

2.5.1. Die „Rechtsprechung" des Expertenausschusses als Kontrollorgan der ESCH

Die ESCH, welche von der Schweiz am 28. 4. 1976 unterzeichnet, wenn auch noch nicht ratifiziert wurde, gewährleistet in Art. 6 Abs. 4 das Streikrecht. Der vom Europarat eingesetzte Expertenausschuss (Art. 25 ESCH), welcher neben dem Regierungssozialausschuss und der beratenden Versammlung die Einhaltung der ESCH durch die Vertragsstaaten zu überwachen hat,[214)] hat zur näheren inhaltlichen Bestimmung von Art. 6 N 4 wesentlich beigetragen und dabei auch das Problem der privatrechtlichen Auswirkungen eines Streikrechts näher angesprochen. Nach der Ansicht der Experten der ESCH ist grundsätzlich eine Beendigung oder Lösung des Arbeitsvertrages als Folge des Arbeitskampfes mit einem richtigen Verständnis des in Art. 6 N 4 enthaltenen Streikrechts nicht vereinbar.[215)] Dennoch lasse es sich nicht abstrakt entscheiden, ob nun tatsächlich in einem solchen, den Arbeitsvertrag lösenden Streikrecht im konkreten Falle schon eine Verletzung der ESCH anzunehmen sei. Es müsse vielmehr untersucht werden, wie sich die Auswirkungen eines solchen Vertragsbruchs

213) Auch das Abkommen 87 der ILO von 1949 sieht das Streikrecht nicht ausdrücklich vor; die Expertenkommission der ILO sieht es aber gleichwohl implicit enthalten, s.u. S. 129 f.

214) Vgl. ausführlich s.u.S. 160

215) Conclusions I, 40f.; Conclusions II, 29; in den Conclusions III stimmen die Experten dem seit 1971 in England geltenden „industrial relations act" zu (seit 1974 ist dieses Gesetz wieder weitgehend aufgehoben), welches die Suspendierung des Vertragsverhältnisses durch das Streikrecht vorsieht.

(mit der Möglichkeit der fristlosen Kündigung) und die Frage der Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer in der Praxis und der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung gestalteten. Würden die streikenden Arbeitnehmer tatsächlich wiedereingestellt und erführen sie in den vor dem Streik entstandenen Rechten auf Ferien, Pension, Dienstalterszulagen keine Beeinträchtigung, so könnte die formelle Auflösung des Arbeitsvertrages keinen Bruch mit den Anforderungen der ESCH bedeuten.[216)]

Der Ausschuss lässt es nun aber nicht genügen, dass die tatsächlich geübte innerstaatliche Praxis den Anforderungen der ESCH standhält, sondern befürwortet eine Verankerung z.B. der Wiedereinstellungspflicht in der innerstaatlichen Gesetzgebung.[217)]

Die Auffassung, dass allein die praktischen Auswirkungen einer Arbeitsniederlegung für die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Regelung des Arbeitskampfes mit der ESCH entscheidend sind, hat der Expertenausschuss auch im Kontrollbericht zur vierten Berichtsperiode von 1976 bestätigt[218)] Deutlich wird nun festgehalten, dass es den Anforderungen der ESCH allein noch nicht entspreche, wenn nach einem Streik zwischen den Sozialpartnern Vereinbarungen mit dem Ziel der Wiedereingliederung der Arbeitnehmer in das Arbeitsverhältnis geschlossen würden. Dem Arbeitnehmer müsse ein eigentliches Rechtsmittel (recours judiciaire) zu Gebote stehen, um im Einzelfall eine rechtliche Integration in das Arbeitsverhältnis erzwingen zu können.

Im Gegensatz zur Auffassung der ESCH geht die h.L. in der Schweiz noch immer davon aus, dass ein „gesteigertes Arbeitsplatzrisiko" vom Arbeitgeber als Druckmittel gegen die Arbeitnehmer eingesetzt werden kann, um das Streikrisiko zu erhöhen. Selbst wenn im Regelfall eine Wiedereinstellung auf vertraglicher Basis nach Streikende erreicht

216) Conclusions I, 40 f. und II, 28

217) Ob hier notwendig eine gesetzliche Regelung vorzusehen ist, welche den Streikenden so stellt, als ob das Vertragsverhältnis weiterbestanden hätte, wird in den Conclusions I noch nicht deutlich; die Ausführungen auf S. 40 sprechen dafür, auf S. 41 wird aber eine solche Gesetzgebung nur für wünschenswert gehalten.

218) Conclusions IV, 43, im Hinblick auf die Rechtslage in Dänemark

wird, entspricht dies noch nicht den Anforderungen der ESCH. Ein ähnliches Regelungsdefizit besteht in der schweizerischen Rechtsordnung in Bezug auf die Fragen, ob trotz Niederlegung der Arbeit die Anwartschaften auf betriebliche Sozialleistungen, auf Leistungen von Pensionskassen, auf Abgangsentschädigungen usw. nicht tangiert werden.[219] Immerhin lassen sich im Sozialversicherungsrecht gewisse Ansätze zur Berücksichtigung des Arbeitskampfes im Versicherungsverhältnis feststellen. Dies ist noch darzulegen.

2.5.2. Exkurs: Ansätze zur Berücksichtigung des Arbeitskampfes in der Praxis des schweizerischen Sozialversicherungsrechts

2.5.2.1. Ablehnung eines Versicherungsanspruchs in einer modernen Konzeption der Streikfreiheit?

Im Folgenden soll die Frage näher abgeklärt werden, ob ein kranker oder verunfallter Arbeitnehmer auch nach Ausbruch, bzw. nach Beendigung eines Streiks von der Versicherungseinrichtung Krankengeld verlangen kann. Der dem Arbeitnehmer nach Art. 324a OR generell bei Unfall und Krankheit zustehende Lohnfortzahlungsanspruch wird regelmässig durch Versicherungsleistungen der Krankenversicherung gedeckt; dem Arbeitnehmer steht hier ein direkter Anspruch auf Lohnersatz gegenüber dem Versicherer, z.B. bei einem der SUVA unterstellten Betrieb gegenüber der SUVA, andernfalls, z.B. bei einem vom Arbeitgeber abgeschlossenen Kollektivversicherungsvertrag, gegenüber einer privaten Krankenversicherung zu. Behält nun ein Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Lohnersatz auch im Falle eines Arbeitskampfes? Die Schwierigkeiten werden deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass regelmässig in den privaten Kollektivversicherungsverträgen wie auch bei der SUVA (vgl. Art. 74 II und 12bis KUVG) die Prämien nach einem bestimmten Prozentsatz vom Lohn berechnet, von diesem abgezogen und dem Versicherer vom Arbeitge-

219) Auf diese Problematik verweist vor allem *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 264

ber überwiesen werden. Im Falle eines Arbeitskampfes entfällt nun aber nach der h.L. notwendig die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem die arbeitsvertragliche Leistung verweigernden Arbeitnehmer; für den Versicherer fallen infolgedessen auch die Prämien aus.[220]

Durch den Ausfall der Prämien wird zwar der Versicherer gegenüber dem Versicherten von seiner Leistungspflicht nicht befreit. Im Sozialversicherungsrecht verlangt jedoch auch das im Privatrecht, (Art. 62 ff OR) entwickelte Bereicherungsverbot Beachtung. Die Versicherung ist demnach zur Verweigerung ihrer Leistungen deshalb berechtigt, weil der seines Lohnanspruchs verlustig gegangene Arbeitnehmer keinen Lohnausfall erleidet.

Nun steht aber einem Arbeitnehmer, welcher an einem organisierten Streik teilnimmt, regelmässig statutarisch ein Anspruch auf Streikgeld aus der Gewerkschaftskasse zu. Kann nun hier analog der in Art. 324a OR genannten Rechtslage dem streikenden Arbeitnehmer ein Anspruch auf „Lohnersatz" gegenüber der Versicherung in der Höhe des ausgefallenen Streikgeldes zugestanden werden? Wäre eine an die Stelle des Streikgeldes tretende Versicherungsleistung als „Lohnersatz" anzusehen? Das geltende Sozialversicherungsrecht gibt hier keine Auskunft; die Lückenfüllung wäre damit dem rechtsfortbildenden Richter überlassen. Diese Frage könnte vom Richter nur dann bejaht werden, wenn das Streikgeld selbst rechtmässig an die Stelle des Lohnes treten würde. Da nun aber nach der h.L. in der Schweiz jeder Streik den Bruch des Einzelarbeitsvertrages zur Folge hat, so können Streikgelder nach dieser Auffassung nur den rechtlich missbilligten Zweck verfolgen, zum Vertragsbruch zu verleiten. Die Ausrichtung von Streikgeldern wie auch von Versicherungsleistungen müsste nach Art. 41 Abs. 2 OR[221] als Verstoss gegen die guten Sitten angesehen werden.[222]

220) Die Lohn- und Prämienzahlungspflicht entfällt bei einem Teilstreik nicht gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern; das Versicherungsverhältnis bleibt erhalten.

221) Vgl. *A. Muller*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt, i.S. von OR 41 Abs. 2 Zürich 1975, 68, 70, 103

222) Ersatz des Streikgeldes durch eine Versicherungsleistung ist also nicht analog als Ersatz des „Lohnes" aufzufassen.

2.5.2.2. Die Aufrechterhaltung des Versicherungsverhältnisses durch Annahme eines „suspendierenden" Streikrechts

Wie die deutsche Lehre und Praxis[223] zeigt, wird in einer auf die Suspendierung des Arbeitsvertagsverhältnisses abstellenden Arbeitskampfkonzeption das Versicherungsverhältnis zunächst[224] nicht unterbrochen. Auch das Rentenversicherungsverhältnis wird nur suspendiert.

Nun werden zwar auch bei Annahme einer Suspension des Arbeitsvertragsverhältnisses die Hauptpflichten des Vertrages. d.h. die Arbeits- und Lohnzahlungspflicht nach überwiegender Auffassung[225] suspendiert; auch hier würde also kein zu ersetzender Lohnausfall bestehen. Dafür müssen in einer solchen Konzeption die an die Stelle tretenden Streikgelder als rechtmässige Zahlungen der Gewerkschaft angesehen werden; der Begründung eines dem „Lohnersatz" analogen Anspruchs auf Versicherungsleistungen stünde nichts entgegen.

Das deutsche Bundessozialgericht hat denn auch in seinem Entscheid v. 15. 12. 1971[226] unter dem Einfluss des vorausgegangenen Urteils des BAG v. 21. 4. 1971 das Fortbestehen des Versicherungsverhältnisses auch unter den Bedingungen des Arbeitskampfes grundsätzlich bejaht.

Ausgehend davon, dass „der für den Bestand des Versicherungsverhältnisses unerlässliche Arbeitsfortsetzungswille" gerade beim Streik uneingeschränkt bestehe, hält das BSG (in der Zusammenfassung von Säcker) fest:

> „...Wenn es richtig ist, dass die Legitimität des Arbeitskampfes der Gesamtaktion das entscheidende rechtliche Gepräge gibt, und die kollektive Ar-

223) Söllner, Arbeitsrecht 95; *Seiter*, Streikrecht, 299 ff. mit weiteren Angaben; BSG AP N 46 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; zur Entwicklung der Rechtsprechung besonders *Säcker*, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, Heidelberg 1969, 58 ff.

224) Es endet aber mangels Fortzahlung des Entgelts, um grössere Einbussen der Versicherung zu vermeiden, mit dem Ablauf von drei Wochen nach Beginn des Arbeitkampfes, vgl. *Söllner*. a.a.O.; 95 und *Säcker*, a.a.O. 68

225) *Söllner*, a.a.O., 95; implicit auch *Fluhmann*, a.a.O., a.A. in der deutschen Lehre aber *Seiter*, Streikrecht 294 ff.

226) BSGE 33, 254 abgedruckt bei *Säcker*, a.a.O. 66 ff.; zum entsprechenden Entscheid für die Altersversicherung vgl. BSGE vom 11. 12. 1973, abgedruckt in RIT Bd. 111, 1975, 52 ff.

beitsniederlegung keine Störung der individualrechtlichen Arbeitsbeziehung bedeutet, dann dürfe auch im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich der legitime Streik keine für den Streikenden nachteilige Folgen in der hier bedeutsamen Individualrechtsbeziehung, nämlich dem auf das Beschäftigungsverhältnis gestützten Versicherungsverhältnis haben. ... die Teilnahme am kollektiv geführten Arbeitskampf dürfe nicht dazu führen, dass sie im Individualrechtsbereich mit Rechtsverlusten bestraft werden". ...

2.5.2.3. Die schweizerische Rechtslage und die Anforderungen der ESCH

Auch im Bereiche des Sozialversicherungsrechts könnten die nachteiligen Folgen eines Streiks nach dessen Beendigung durch einen Vertrag zwischen den vom Streik betroffenen Parteien ganz oder teilweise beseitigt werden. Im Umfange einer nachträglichen Lohnzahlung würde der Versicherer dann hinterher in den Genuss der Prämien gelangen, womit er zur rückwirkenden verhältnismässigen Auszahlung der Versicherungsleistungen verpflichtet würde. Allein nur auf die vertragliche Möglichkeit der Reintegration des Arbeitnehmers in das Arbeits – bzw. Versicherungsverhältnis abzustellen,[227] genügt den Anforderungen der ESCH sichtlich noch nicht.
Einen bedeutsamen Schritt in Richtung Berücksichtigung des Arbeitskampfes im Sozialversicherungsverhältnis hat nun das Eidgenössische Versicherungsgericht schon in seinem Urteil vom 14. 6. 1919[228] getan: In diesem Fall wurde entschieden, dass die SUVA das Krankengeld gemäss Art. 74 KUVG „für jeden Werktag zu gewähren" habe, „an welchem der Versicherte schon wegen des Unfalls nicht arbeiten konnte, gleichviel ob er vermutlich auch durch einen anderen Umstand, insbesondere einen *Streik* an der Arbeit gehindert worden wäre".

227) Es genügt also nicht, wie *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 264, meint, auf die vertragliche Lösung zu verweisen

228) Entscheid i.S. *Stucki*, abgedruckt in *W. Lauber*, Praxis des sozialen Unfallversicherungsrechts der Schweiz, Bern 1928, 34 ff.; vgl. auch die Forderung in der Lehre *Schluep*, Überbordungsgefahren, 127

Demgemäss besteht eine Praxis der SUVA, wonach die Streikentschädigung bei einem organisierten Streik als Grundlage für die Berechnung des Krankengeldes dient. Dem kranken Arbeitnehmer steht ein Krankengeld von 80% des Streikgeldes zu,[229] sofern er die Höhe des Streikgeldes durch eine Bescheinigung zu belegen vermag.[230] Auf diesem Teilgebiet stimmt die Rechtslage in der Schweiz mit den Vorstellungen der ESCH überein.

Ähnliche Lösungen in der privaten Kranken- und Unfallversicherung, die besonders für nicht der SUVA unterstellten Betriebe relevant werden, sind mir nicht bekannt. Hier bleibt somit noch ein wesentliches Regelungsdefizit bestehen.

229) Der Anspruch auf Krankengeld ist gemäss Auskunft der SUVA v. 10. 12. 1976 aber nicht zeitlich beschränkt, wie *Nef*, Lohn und Lohnersatz im Sozialversicherungsrecht, NZZ v. 26. 8. 1976, 27 meint.

230) Die im KUVG in Bezug auf die Behandlung von Streiks bestehende Lücke könnte durchaus durch gesetzgeberische oder richterrechtliche Intervention im Sinne dieser Praxis gefüllt werden.

TEIL II VERGLEICH DER IN DER SCHWEIZERISCHEN „ARBEITSVERFASSUNG" VORGEZEICHNETEN KAMPFREGELN MIT DER ENTWICKLUNG DES INTERNATIONALEN KONVENTIONSRECHTS INSBESONDERE DER ESCH

3. Direktiven für die Ausbildung von Kampfregeln im Bezugssystem der schweizerischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung

3.1. Die wirtschaftsrechtliche Funktion des Arbeitskampfes

3.1.1. Wirtschaftsrecht als zielbezogenes Koordinationsrecht

Wirtschaftsrecht knüpft an die Tatsache an, dass in jeder modernen Wirtschaft die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Bürger aufeinander abgestimmt werden müssen, um eine optimale Produktion und Verteilung der Güter im Rahmen übergeordneter Ziele zu verwirklichen. Dabei stellen sich sowohl Koordinationsprobleme, d.h. Fragen der grundsätzliche Organisation wirtschaftlicher Aufgaben wie auch Subordinationsprobleme:[1] Letzteres will besagen, dass bei der Organisierung wirtschaftlicher Tätigkeit immer auch die übrigen Aspekte des Gemeinwohls (Freiheit, Gerechtigkeit usw.) beachtet werden müssen.

Drei Mechanismen vermögen wirtschaftliche Tätigkeit zu steuern und zu koordinieren: Wettbewerb, Plan und Gruppenvereinbarung.[2] Die Wirtschaftsverfassung der westlichen Staaten erweist sich typischerweise als eine Mischung dieser Koordinationsmechanismen, denn kein Koordinationstyp kann die übergeordneten Gemeinwohlziele aus sich selbst heraus schon sachgerecht verwirklichen: So bietet Koordination durch Wettbewerb Freiheit, Wohlstand und Leistungsgerechtig-

1) Vgl. hierzu *W. Schluep*, Was ist Wirtschaftsrecht, in FS für *W. Hug*, Bern 1966, 25 ff. und *Gygi/Schluep*, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, 87 ff., 91

2) Entsprechend spricht man von Marktwirtschaft, Planwirtschaft und korporativer Wirtschaft

keit, nicht aber Sozialgerechtigkeit und dezentralisierte Teilhabe möglichst vieler an wirtschaftlichen Entscheidungen. Koordination durch Planung vermag gesellschaftspolitische Ziele nur auf Kosten des Eigentums, des Wohlstandes und der Dezentralisierung zu erreichen. Der Mechanismus der Gruppenvereinbarung verwirklicht nun zwar vermehrte Sozialgerechtigkeit durch Korrektur des wirtschaftlichen Wettbewerbsprinzips, kann diese aber nur „tendenziell" sichern und vermag eine Einigung der Parteien „contra bonum commune" nicht zu verhindern.[3)]

Wirtschaftsrecht schickt sich an, das Koordinationsproblem mit rechtlichen Mitteln zu bewältigen. Es beruht auf einer neuen, über die Regelung individueller Rechtsverhältnisse hinausgreifenden Fragestellung, nämlich auf der Frage nach der „richtigen", gemeinwohlbezogenen Koordinationsordnung.

Wohlstand durch Wettbewerb ist ebenso Aspekt des Gemeinwohls wie Sozialgerechtigkeit. Gerade diese Aufgabe der Optimierung der wirtschaftlichen Koordination, die zwangsläufig zu einer Mischung der Koordinationstypen führt, die Ausrichtung des Wirtschaftsrechts primär am Gemeinwohl, zeigt den politischen, gesellschaftsverfassenden Charakter des Wirtschaftsrechts.[4)]

Wirtschaftsrecht will insoweit Koordinationsordnung ermöglichen und organisieren, aber allemal den Bezug zu den übergeordneten Gemeinwohlprinzipien der Staatsverfassung und der Gesetzgebung wahren;[5)]

3) So *Schluep*, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, 573 f.; *Delley/Morand* bestätigen, dass die von den Berufsverbänden vertretenen Interessen sich durchaus heute nicht mehr mit dem Allgemeininteresse automatisch decken müssen, Les groupes d'intérêt et la révision totale de la constitution fédérale, ZSR 93, 1974, 487 ff., 498 f.

4) *Rinck*, Wirtschaftsrecht, Köln 1972, 14, 17; vgl. auch *Wiethölter*, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Staat, in: „Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung", Karlsruhe 1965, 42 ff.

5) Nach *L. Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: FS für *J. v. Gierke*, Berlin 1950, 194 ff. hat Wirtschaftsrecht drei Funktionen: Es will die sozialtechnisch einwandfreie und wirksame Realisierung wirtschaftspolitischer Ziele bewerkstelligen („social engineering"); es garantiert Regelhaftigkeit, Stetigkeit und Vorhersehbarkeit sozialer Verhaltensweisen, die ein sinnvolles Zusammenwirken der Wirtschaftenden erst ermöglichen; und schliesslich will es der Gerechtigkeit als einer inhaltserfüllten Idee in der sozialen Realität zum Durchbruch verhelfen.

Wirtschaftsrecht muss insofern notwendige Korrekturen der Koordinationsordnung wie auch gerade im Machtmissbrauch begründete Entartungen der Koordinationstypen rechtlich bewältigen können.
Die wichtigsten Kennzeichen des Wirtschaftsrechts sind somit Funktionalität, Institutionalität und Technizität.[6]
Funktionalität umschreibt die Aufgabe des Wirtschaftsrechts, wirtschaftliche Tätigkeit immer gemeinwohlbezogen zu koordinieren; Institutionalität will besagen, dass das Wirtschaftsrecht von Institutionen (Wettbewerb, Plan usw.), – auch Assoziationsfreiheit und Eigentum wären zu nennen – und nicht von individuellen Rechten und Pflichten ausgeht. Wirtschaftsrecht lehnt sich hier sehr stark an vorgegebene, vorrechtliche Strukturen an (z.B. Wettbewerb) und versucht auf diese politisch-soziale Ordnung hin die rechtliche Struktur auszurichten. Eng hiermit verbunden ist das Merkmal der Technizität, welches die Bindung des Wirtschaftsrechts an die wirtschaftliche Gesetzmässigkeit beinhaltet.

3.1.2. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung und das Koordinationsprinzip am Arbeitsmarkt

Das „gesollte Koordinationsrecht"[7] der Wirtschaft ergibt sich aus der die politischen Leitprinzipien ausdrücklich oder implizit enthaltenden Staatsverfassung (Wirtschaftsverfassung im formellen Sinne) und aus der den politischen Rahmen der Verfassung konkretisierenden unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebung (Wirtschaftsverfassung im materiellen Sinne).[8] Die Staatsverfassung tritt also fordernd an die Wirtschaft heran und verfasst eben damit die Wirtschaftsordnung.[9]

6) Zur näheren Kennzeichnung dieser Begriffe vgl. *Schluep*, Was ist Wirtschaftsrecht, 83 ff. (Fn 1)
7) *Saladin*, Das Recht auf Werbung und seine öffentlich rechtlichen Schranken, Diss., St. Gallen 1969
8) *Schluep*, Was ist Wirtschaftsrecht, 78; *Huber*, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung, Bern 1970, 8 ff. und ebd. *Tuchtfeldt*, 49 ff.
9) *Gygi/Schluep*, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, 92

Nach *Gygi*[10] ist die schweizerische Wirtschaftsverfassung in einem an den sozialen Rechtsstaat gerichteten verbindlichen politischen Auftrag zu erkennen, eine marktorientierte[11] und sozialverpflichtete Wirtschaftsordnung zu verwirklichen. Entsprechend *Gygi* will auch *Christen*[12] weder eine bestimmte Koordinationsordnung (eines Typs) mit Verfassungsrang ausgestattet wissen, noch die Wirtschaftsverfassung als „wertneutral" verstehen.[13] Wirtschaftsverfassung sei nichts anderes als „die Verfassung der politischen Gemeinschaft für den Kulturbereich der Wirtschaft". Offen vermag Wirtschaftsverfassung nur insoweit zu sein, als die wertsetzenden politischen Ziele der Staatsverfassung noch der ihr gemässen, konkretisierenden rechtlichen Koordination harren.

Der Arbeitsmarkt bedarf einer vom Regelungsmechanismus des Wettbewerbs abweichenden Koordinationsordnung, denn es fehlt hier an einer vollständigen Konkurrenz gleichstarker Machtpartner. Der auf Vertragsfreiheit basierende Wettbewerb funktioniert am Arbeitsmarkt nicht. Dies drückt Art. 1 Kartellgesetz auch klar aus: Danach soll das Kartellgesetz keine Anwendung finden auf „Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen".

Die notwendige Kollektivierung der Arbeitnehmer zum Ausgleich des Machtungleichgewichts auf dem Arbeitsmarkt weist deshalb in Richtung eines bilateralen Nachfrage- und Angebotsmonopols.[14] Die Wahl des Koordinationsmechanismus „Gruppenvereinbarung" für den Arbeitsmarkt ergibt sich dabei aus dem bewussten politischen Entscheid, die Tauschbedingungen auf dem Arbeitsmarkt nicht hoheitlich festzusetzen, also Zwangsschlichtung abzulehnen. Dies wird eine

10) *Gygi*, Schweizerische Wirtschaftsverfassung, 265 ff, leitet die schweizerische Wirtschaftsverfassung aus der in den Richtlinien der Regierungspolitik enthaltenen „realen" Wirtschaftspolitik ab (291).

11) Die Grundlagen staatlicher Wettbewerbspolitik bilden nach *Gygi* (295) die Gewerbefreiheit in Verbindung mit der Vertragsfreiheit, Privatautonomie und Privateigentum, wobei aber nur Eigentum und HGF verfassungsrechtlich garantiert sind.

12) *Christen*, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, St. Gallen 1970, 226 ff.

13) So auch *Scheuner*, Die Rolle, 28 ff.; *Rüthers*, Tarifautonomie, 17 f. und *Reuter*, Streik und Aussperrung, 277

14) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 111 und *Hausheer*, Die AVE von Kollektivverträgen 297 ff.

nähere Betrachtung der schweizerischen Arbeitsverfassung[15] deutlich machen. Die schweizerische Rechtsordnung stellt hier den Arbeitsmarktparteien das Institut des GAV zur Verfügung; sie hat sich damit wegen der dem GAV innewohnenden tendenziellen „Richtigkeitsgewähr"[16] gegen die Koordination durch Wettbewerb und Plan entschieden. Die Aufgabe des Wirtschaftsrechts besteht aber nicht nur darin, dieses Institut bereitzustellen, sondern auch für den Fall mangelnder vertraglicher Einigung vorzubeugen. Soll nicht das dem Arbeitsmarkt entsprechende System der Gruppenautonomie faktisch wieder durch eine „Einigung" mittels Zwangsschlichtung zurückgenommen und ausgehöhlt werden, so muss die „Organisationslücke"[17] durch Zulassung der kollektiven Machtausübung geschlossen werden. Damit wird aber die „Koordinationsmassnahme Arbeitskampf" selbst zum Gegenstand des wirtschaftliche Tätigkeit organisierenden Wirtschaftsrechts. Das Institut Arbeitskampf muss sich vom Wirtschaftsrecht selbst im Hinblick auf seine Funktion und seine funktionelle Bindung im Rahmen der von der Staatsverfassung vorgezeichneten Wertsetzung ordnen lassen.[18]

15) Vgl. s.u. S. 96 zum deutschen Recht: *Kriele*, Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz ZRP 1974, 105 ff.

16) Der kollektive Arbeitsvertrag kann aber keine volle „Richtigkeitsgewähr" bieten, da keine Partei als Kollektiv endgültig auf die Leistung der anderen verzichten kann und deshalb eine Kampfsituation bleibt, bei der es darauf ankommt, wer den längeren Atem hat; so *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in FS für *L. Raiser*, Tübingen 1974, 1 ff.; 13

17) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 110

18) In dieser Richtung generell *Gygi/Schluep*, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, 92 und ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, 574, mit weiteren Literaturhinweisen; vgl. s.u. S. 117 ff.

3.1.3. Gemeinwohlbezogenheit des Wirtschaftsrechts und die Regelung des Arbeitskampfes

Die bisherige privatrechtliche Erfassung des Arbeitskampfes orientierte sich ausschliesslich an einem Konfliktverständnis, das Individualinteressen der Arbeitnehmer denen der Arbeitgeber gegenüberstellt. Eine solche Auffassung vom Arbeitskampf als Ausfluss einer allgemeinen Handlungsfreiheit bleibt der Fiktion verhaftet, die „frühliberalen Begriffe und Prinzipien“[19] würden ausreichen, um diesem sozialen Tatbestand gerecht zu werden. Diese Betrachtungsweise verkennt aber die ausgeprägte Funktion des Arbeitskampfes im gesellschaftlichen und staatlichen Ordnungsgefüge.

In einer auch sozialorientierten Wirtschaftsverfassung hat Arbeitskampf die Funktion, anstelle des funktionsunfähigen Wettbewerbs die Voraussetzung „für eine den zivilrechtlichen Grundsätzen der Verkehrs- und Tauschgerechtigkeit entsprechenden Arbeitsvertragsschluss“,[20] d.h. für gerechte Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schaffen. Von der Wirtschaftsverfassung aus betrachtet geht es beim Arbeitskampf immer „um eine angemessene Balance zwischen den gesamtgesellschaftlichen Anliegen einer rentabel gestalteten Volkswirtschaft einerseits und einer gerechten Sozialordnung andererseits“.[21] Das Rentabilitätsprinzip bildet dabei zugleich die Voraussetzung und die Grenze für alle sozialen Forderungen an die Unternehmen. Besonders der funktionale Ansatz des Wirtschaftsrechts verlangt eine von den individuellen Verhältnissen abstrahierende, auf Ordnung und Gestaltung gesamtgesellschaftlicher Verhältnisse ausgerichtete Sicht wirtschaftlicher Tätigkeit. Privatrecht hat im wirtschaftsrechtlichen Ver-

19) *Rüthers*, Streik und Verfassung, 17 f. und s.o. S.5 ff.
20) *Säcker*, Grundprobleme, 20 und *Scheuner*, Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, 331
21) *Reuter*, Die Arbeitskampffreiheit, 539 und ders. in JuS 1973, 288 und ebenfalls in RdA 1975, 285; vgl. auch *Gygi*, Schweizerische Wirtschaftsverfassung, 359

ständnis Freiheit zu instrumentieren, indem es die Mittel zur Verfügung stellt, welche die Ausnutzung der Freiheit im Wirtschaftsverkehr erleichtern sollen.[22]

Die politische Aufgabe des Wirtschaftsrechts besteht nun nicht nur darin, die im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Grundentscheidung zu aktualisierende Koordinationsordnung zu ermöglichen, zu erleichtern und zu sichern. Wirtschaftsrechtliche Verantwortung für die Verwirklichung des Gemeinwohls verlangt auch Gestaltung und Begrenzung.[23] Die Wirtschaft soll sich nicht selbst systemwidrig organisieren dürfen. Eine der wichtigsten Aufgaben des Wirtschaftsrechts besteht deshalb darin, wirtschaftliche Übermacht zu erkennen und zu ihrer Überwindung beizutragen.[24]

Zunächst vermag der Kollektivismus im Arbeitssektor in gleicher Weise wie im Gütersektor zu rechtlichen Problemen der wirtschaftlichen Wettbewerbsbehinderung zu führen,[25] zumal wenn sich die Wirtschaftsverfassung auch als wettbewerbsorientiert erweist. Für die Zulässigkeit eines Arbeitskampfes vermag sich hieraus eine konkrete Folge zu ergeben: Wenn die Verfassung und der Gesetzgeber sich für die Steuerung der unternehmerischen Investitions- und Preispolitik durch Wettbewerb entschieden haben, so sind Versuche verboten, durch Arbeitskampf weitgehend wettbewerbsimmune Willensbildungsmechanismen (paritätische Mitbestimmung) oder gar unmittelbar konkrete Änderungen in den wirtschaftlichen Entscheidungen zu erzielen.[26]

Gemeinwohlbezogenes Koordinationsrecht hat überhaupt generell bei jedem Koordinationstyp der funktionswidrigen, missbräuchlichen Machtentfaltung zu wehren; die Situation ist also vergleichbar dem Kartellrecht, das bestimmten Wettbewerbshinderungen den Kampf

22) Hierzu eingehend *E. Steindorff*, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht? In FS für *L. Raiser* 1974, 621 ff.

23) *Schluep*, Allgemeines Wirtschaftsrecht, 575 und ders, Überbordungsgefahren, 117 und 120; vgl. auch *Reuter*, Arbeitskampffreiheit, 527

24) *Rinck*, Wirtschaftsrecht, 14 und 17 (Fn 4)

25) Im Unterschied zu dieser Arbeit bezieht *Hausheer*, Die AVE von Kollektivverträgen ..., diese Problematik vor allem auf die Aussenseiter, 318 f.

26) *Reuter*, Arbeitskampffreiheit 534; vgl. auch hierzu s.u. S. 327.

ansagt. Damit ist nun aber nicht gesagt, dass die für die wirtschaftlichen Wettbewerbsbehinderungen auf dem Gütermarkt geltenden Regeln in gleicher Weise auch für die Machtmissbräuche im Arbeitskampfrecht zu gelten hätten. Eine Übertragung ist, trotz verschiedentlich gegensätzlicher Behauptung, nicht denkbar. Der Arbeitsmarkt ist statt nach dem Wettbewerbsprinzip nach dem Gegengewichtsprinzip organisiert. In der nationalökonomischen Diskussion über das Gegengewichtsprinzip[27] hat sich abschliessend deutlich erwiesen, dass mit der Entwicklung zum bilateralen Monopol „die Notwendigkeit staatlicher Intervention zur Abschwächung der Aussenwirkungen wechselseitiger Geschäftsverweigerungen" wächst.[28] Die Arbeitsniederlegung muss insofern andere Probleme aufwerfen als die Geschäftsverweigerung eines Anbieters oder Nachfragers auf wettbewerbsgesteuerten Gütermärkten.[29]

Wann nun eine funktionswidrige Ausübung von Streik- oder Aussperrungsrecht vorliegt, muss sich notwendig an dem vom Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung verwirklichten Sozialideal erweisen. Denn wer nach den faktischen und rechtlichen Funktionsvoraussetzungen des Arbeitsmarktes fragt, wird die „politische" Ausprägung dieser Ordnungsfaktoren in ihrer jeweiligen historischen Ausformung in den Leitprinzipien der Staatsverfassung wie auch im wertverwirklichenden unterverfassungsrechtlichen Koordinationsrecht suchen müs-

27) *Steindorff*, Wirtschaftsrechtliche Massstäbe im Arbeitsrecht, RdA 1965, 253 ff. lehnt eine Übertragung dieses Prinzips auf das Arbeitsrecht insbesondere auch auf das Arbeitskampfrecht ab; a.A. aber *Zollner*, Arbeitsrecht und Politik, DB 1970, 61; *Reuter*, Arbeitskampffreiheit, 548 und ders., Streik und Aussperrung, 285

28) Vgl. *Andreae*, Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung I, 1966, 66 und umfangreiche Diskussionsnachweise bei *Sacker*, in ZHR 137, 464 f., N 10; vgl. auch *Reuter*, Arbeitskampffreiheit, 548

29) *Reuter* ebd., 548

sen.[30] Dies soll nun im Blick auf die schweizerische Arbeitsverfassung[31] als Teil der Wirtschaftsverfassung[32] versucht werden.

3.2. Aussagen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung

3.2.1. Der verfassungsrechtliche Standort der schweizerischen Arbeitsverfassung

Der herrschenden schweizerischen Doktrin, welche die Koalitionsfreiheit ausschliesslich in der Garantie der Vereinigungsfreiheit verankert sieht, kann sicherlich insoweit zugestimmt werden, als damit auf den historischen Zusammenhang zwischen der staatlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit und dem tatsächlichen Entstehen und Wirken der Koalitionen aufmerksam gemacht wird.[33] Gleichzeitig weist der soziale Schutzzweck der Koalitionsfreiheit, wie gezeigt, über den Schutzgehalt der klassischen Vereinigungsfreiheit hinaus und könnte von ihr nur unzureichend ohne systematische Bezugnahme auf andere Verfassungsbestimmungen erfasst werden.[34]
Der soziale Schutzzweck der Koalitionsfreiheit bringt dieselbe in einen engen Zusammenhang mit der Verpflichtung des sozialen Rechts-

30) *Gygi/Schluep*, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, 92 und auch *Scheuner*, Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, 331

31) Als Arbeitsverfassung kann nach *Sinzheimer* „diejenige Ordnung" verstanden werden, „die die Arbeitnehmer auf den durch Gesetz oder Vereinbarung bestimmten Gebieten zur Mitausübung der früher dem Arbeitgeber allein zustehenden Rechte beruft", zit. nach *Ramm*, Die Arbeitsverfassung der BRD, 1 f. Die Arbeitsverfassung kann also die kollektive Rechtsausübung (GAV, Mitbestimmung) und die Einigung der sozialen Gegenspieler ebenso umfassen wie die gesetzliche Regelung der sozialen Sicherheit, der Berufsbildung usw. Art. 34ter BV gibt einen guten Überblick über mögliche Inhalte.

32) Das Verhältnis der Arbeitsverfassung zur Wirtschaftsverfassung kennzeichnet sich dadurch, dass es sich hierbei um denselben Tatbestand, aber um eine unterschiedliche Wertung und Perspektive handelt. Vgl. hierzu *Ramm*, Die Arbeitsverfassung der BRD, 2

33) Zur „freiheitsrechtlichen Strukturkomponente" der Koalitionsbetätigung s.u. S. 16 ff.

34) Insoweit bestehen Bedenken, eine verfassungsrechtlich gewährleistete Koalitionsfreiheit gerade auch in ihrem institutionell-ordnungspolitischen Aspekt allein auf Art. 56 BV zu gründen; für *Gygi* steht Art. 56 BV überhaupt historisch, systematisch und seiner inhaltlichen Zweckbestimmung gemäss ausserhalb eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zusammenhangs, *Gygi/Schluep*, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, 94

staates, die Austauschbedingungen auf dem Arbeitsmarkt zu sichern und für die Beschaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen zu sorgen.[35] Auch die Koalitionsfreiheit soll dazu beitragen, das ordnungs- und gesellschaftspolitische Problem der privatwirtschaftlichen Aneignung des Arbeitsprodukts durch den Produktionsmitteleigentümer zu lösen.

Die verfassungsrechtliche Grundlage für sozialstaatliche Interventionen auf dem Arbeitsmarkt zum Ausgleich der Nachteile individueller Vertragsfreiheit findet sich vornehmlich in Art. 34ter BV; die Aussagen der schweizerischen Arbeitsverfassung erschöpfen sich deshalb sicherlich nicht in Art. 56 BV. Die Frage ist nun aber, ob Art. 34ter BV die Garantie kollektiver Aushandlung der Arbeitsbedingungen auch als eine die gesetzgeberische Gestaltungaufgabe beschränkende Ordnungsentscheidung der Wirtschaftsverfassung in sich zu tragen vermag, oder ob der Staat auf umfassende einkommenspolitische Eingriffe nicht zu verzichten gedenkt. Enthält Art. 34ter BV implicit eine staatlicherseits anerkannte Garantie der Tarifautonomie, welche zumindest dazu beitragen könnte, eine in Art. 56 BV enthaltene Koalitionsbetätigungsfreiheit inhaltlich zu präzisieren?

Nach *Gygi*[36] beinhaltet Art. 34ter BV („Sozialartikel") nicht allein die Verfassungsgrundlagen für die Gesetzgebung zum Schutze der Arbeitnehmer, für die Erlasse der beruflichen Ausbildung, die Erwerbsausfall- und Arbeitslosenversicherung; die Bestimmung umfasse auch die Verfassungsgrundlage für das kollektive Arbeitsrecht und für eine Regelung der Betriebs- und Berufsgemeinschaft z.B. durch Statuierung von Anhörung und Mitbestimmung im Unternehmen. *Gygi* sieht in Art. 34ter BV die eigentliche „Arbeitsverfassung" verankert. Wenn, wie er ausführt. die Primärverteilung des Einkommens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich notwendig über kollektive Lohnverhandlungen abspielt, so kann dies nur bedeuten, dass die staatlich verankerte Sozialpolitik die Tarifautonomie in ihrer Ordnungsfunktion als schrankensetzendes, wirtschaftspolitisches Datum akzeptiert; dies

35) *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 132
36) *Gygi*, Schweizerische Wirtschaftsverfassung, 367

gilt umsomehr, als die Verfassung noch ausdrücklich das System der Tarifautonomie zugunsten verhandlungsschwacher Arbeitnehmer mit der AVE von GAV zu stärken versucht.[37] Auf Art. 34ter BV können, wie noch ausführlich zu zeigen sein wird, keine direkten einkommenspolitischen Massnahmen des Staates gegründet werden, z.B. weder ein Preis- und Lohnstopp noch eine staatliche Zwangsschlichtung.[38] Die Tarifautonomie bildet hier Schranke und Auftrag für die staatliche Gesetzgebung zugleich.[39]

Ein weiterer Vorteil dieses Ansatzes, konkretere Leitlinien einer verfassungsrechtlich verankerten Koalitionsverfassung nicht nur in Art. 56 BV sondern wesentlich in Art. 34ter BV zu sehen, besteht darin, dass sich hier die „Arbeitsverfassung" als Teil der „Wirtschaftsverfassung" versteht. Dies will besagen, dass eine wirtschaftspolitisch datensetzende Tarifautonomie ihre Grenze in der friedenssichernden Funktion des Staates und seiner auch die ordnungspolitischen Voraussetzungen der Tarifautonomie sichernden Wirtschaftspolitik (z.B. Wettbewerbs- und Konjukturpolitik) finden muss. Wie noch näher zu zeigen sein wird, ist es dem Staat in seiner alleinigen Verantwortung für das Gemeinwohl, sowohl nach der in Art. 34ter BV umschriebenen Zielsetzung der „Förderung des Arbeitsfriedens" wie auch durch die verfahrensrechtliche Begrenzung der Teilnahme der Verbände an der staatlichen Willensbildung aufgegeben, den über dem Gegensatz der Sozialpartner stehenden Gedanken der Einigung und des Friedens zu realisieren. Damit wird auch die den Koalitionen gegenüber Rechtsgütern Dritter auferlegte Verantwortung dahingehend konkretisiert, dass der Gesetzgeber zur „Förderung des Arbeitsfriedens" auch arbeitskampfbeschränkend[40] eingreifen kann.

37) *Gygi*, a.a.O. 366; *Hausheer* Die AVE von Kollektivverträgen, 329, 342 und Fn 308; hierzu ausführlich s.u.S. 111 ff.

38) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 113, Fn 21 und *Gallati*, Arbeitsfriede, 39 ff., 44

39) So deutlich *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 131, 134 und ders., Die Verfassung als Auftrag, Richtlinie und Grenze der wirtschaftspolitischen Gesetzgebung, in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1974, 1 ff.

40) Das staatliche Einigungswesen kann seit der Revision der „Wirtschaftsartikel" in Art. 34ter lit. b BV eine Grundlage finden; das verbandliche Einigungswesen ist in lit. c ausdrücklich erwähnt; vgl. *Eichholzer*, Öffentliches Einigungswesen, SJK, Arbeit N 38, 2; auch *Marmier*, Droit de nēgociation collective, 141, Fn 380 hält fest, dass sich eine streikbeschränkende Gesetzgebung der Schweiz auf Art. 34ter BV stützen müsste; ähnlich *Tschudi*, Sicherung, 113.

3.2.2. Die ordnungspolitischen Funktionsbedingungen der Tarifautonomie: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Prämissen

Die freie Setzung wirtschaftlicher Daten durch Aushandlung der Lohntarife kann nur in einer Ordnung einen Sinn haben, in der bewegliche Elemente es erlauben, sich an diese Daten anzupassen. Koalitionsfreiheit und Arbeitskampf können nur in einer freiheitlich-demokratischen Ordnung, die für die Gestaltung wirtschaftlicher Entscheidungen auf dezentraler Ebene Raum lässt, nicht aber in einem totalitären Staat Anerkennung finden.[41] Die Koalitionen fügen sich insoweit in das Grundbild einer (auch) marktwirtschaftlichen Ordnung ein, als in der ihnen überlassenen Aufgabe ein Moment des Gleichgewichts und des Vertrauens auf die harmonisierende Wirkung, auf das Gesetz des freien Spiels der Kräfte zum Ausdruck kommt. Der Grundgedanke einer Wettbewerbswirtschaft schliesst sicherlich auch die Möglichkeit des Drucks und der Austragung von Interessengegensätzen in sich ein;[42] man könnte von einem „sozialen Wettbewerb" sprechen.[43]

Der den Koalitionen überlassene grundlegende wirtschaftliche Entscheidungsbereich gibt ihnen die Möglichkeit, auf das gesamte wirtschaftliche Leben massgeblichen Einfluss zu nehmen. Die Stellung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände ist jedoch eng mit den Grundgegebenheiten einer marktorientierten Ordnung verbunden. Die ordnungpolitischen Voraussetzungen der Tarifautonomie sind in den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Prämissen des Privateigentums, der Vertragsfreiheit und der grundsätzlich privatwirtschaftlichen Produktion zu sehen.[44] Die Stellung der beiden Gruppen beruht somit

41) *Scheuner*, Die Rolle, 16; *Tschudi*, Sicherung, 111 und *Tomandl*, Grundprobleme, 189. Für *Tomandl* ist die Anerkennung des Arbeitskampfes gerade der Preis für Demokratie, Marktwirtschaft und Koalitionsfreiheit

42) *Rüthers*, Arbeitsrecht und politisches System, 26

43) *Gygi/Schluep*, Schweizerisches Wirtschaftsrecht, 99

44) So *Rüthers*, Tarifautonomie, 17 f. und ders., Arbeitsrecht und politisches System, 14 ff. und in: DB 1973, 1650; auch *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 135 und *Scheuner*, Die Rolle, 16; *Krüger*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifpartner, 46, DJT 1966. 73 und *Tomandl*, Grundprobleme, 189

auf „einer dem Unternehmer Initiative und Disposition sichernden Unternehmensverfassung, der Vereinigung der Arbeitnehmer auf der anderen Seite und der zwischen ihnen rechtlich geordneten und vorausgesetzten Gleichgewichtslage".[45]

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung in ihrer Ausformung als „marktorientierte und zugleich sozialorientierte Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung" ist Ausdruck einer Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes, welche „einen grösstmöglichen Produktionsertrag und eine möglichst leistungs- aber auch sozialgerechte Verteilung des Volkseinkommens"[46] anstrebt.

Die Kompetenz zu staatlicher Wettbewerbspolitik vermag den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit und des Privateigentums, der den Arbeitnehmern zugestandenen freien Wahl des Arbeitsplatzes[47] und die arbeitsmarktorientierte Sozialpolitik und so auch die „Sozialorientierung" der Wirtschaftsverfassung zu verdeutlichen. Die Koalitionsfreiheit und die beidseitige Ordnungsaufgabe der Berufsverbände stellt folglich einen weiteren Fixpunkt einer sozialorientierten Wirtschaftsverfassung dar. Diese wirtschaftsverfassungsrechtlichen Prämissen haben weitreichende Konsequenzen: So verhindert z.B. in der Frage einer unternehmerischen Mitbestimmung das der Tarifautonomie zugrundeliegende Prinzip der Gleichgewichtigkeit eine Ausgestaltung, welche eine grundsätzlich gleichgewichtige Verhandlungs- und Kampfchance der Arbeitgeber nicht mehr ermöglicht.[48] Gleichzeitig ist auch der kampfweisen Erwirkung von GAV insoweit eine klare Grenze gesetzt, als die Erzwingung schuldrechtlicher Vereinbarungen mit dem Ziel, eigentumsunabhängige Willensbildungsverfahren in ein Unternehmen

45) *Scheuner*, Die Rolle, 15 und *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 135 und ders., in: RdA 1976, 280; ebenso *Huber*, Unbestimmte Mitbestimmung, NZZ v. 3. 2. 1974

46) *Gygi*, Schweizerische Wirtschaftsverfassung, 359

47) *Gygi*, Schweizerische Wirtschaftsverfassung, 366, sieht diese zur Not in der HGF mitgarantiert.

48) Zur umfassenden deutschen Diskussion vgl. statt vieler: *Pernthaler*, Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht, Berlin 1972, 175 ff. und *Raiser*, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, 79 ff.; die grundlegenden Folgerungen dieser Diskussion fanden auch in der schweizerischen Doktrin Berücksichtigung: *Huber*, Unbestimmte Mitbestimmung, NZZ v. 3. 2. 1974 und *Stauffacher*, Mitbestimmung im Verwaltungsrat der AG, 171 ff.

einzuführen, ausgeschlossen ist.[49] Die unverkennbarkeit einer unternehmerischen, paritätischen Mitbestimmung mit der schweizerischen Wirtschaftsverfassung hat eine 1955 eingesetzte Expertenkommission in Auslegung von Art. 34ter lit. b BV festgestellt.[50]
Die grundlegende in der Wirtschaftsverfassung angelegte Interessenkollision zwischen einer unbeschränkten Koalitionsbetätigungs- und Kampffreiheit und den Interessen Dritter legt ausserdem die Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und damit der Güterabwägung für das Arbeitskampfgeschehen nahe.[51]
Die ordnungspolitischen Funktionsbedingungen der Tarifautonomie verlangen auch, dass die Koalitionen zur Änderung der ordnungspolitischen Grundentscheidungen auf die Teilnahme am staatlichen Willensbildungsprozess verwiesen sind. Die Ordnungsfunktion der Tarifautonomie ist durch die Alleinzuständigkeit des Staates zur Definition des Gemeinwohls begrenzt.

3.2.3. Materielles Kompetenzverständnis von Art. 34ter Abs. 1 BV

Als einfache Kompetenzbestimmungen[52] werden diejenigen Verfassungsbestimmungen betrachtet, welche die betreffende Zuständigkeit durch Anführung eines Sachgebietes bestimmen, ohne materielle Direktiven für die Ausführung anzugeben. Solche Vorschriften können auch eine ganze Rechtsstruktur zur Kennzeichnung einer Zuständigkeit auswählen (z.B. Art. 64 BV für das Zivilrecht). Wie die in Art. 34ter Abs. 1 (ausser lit. b und c) aufgeführten Zuständigkeiten zeigen, vermitteln diese ihren materiellen Gehalt schon in der angesprochenen eminent wirtschafts – und sozialpolitischen Materie selbst.
Dass solchen Kompetenzvorschriften noch darüberhinaus ein besonderes materielles Gewicht beigemessen werden kann, insbesondere im

49) Vgl. s.u. S. 120, 326 f.
50) Bericht der Expertenkommission für Fragen der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, 52
51) Vgl. hierzu ausführlich s.u. S. 228 ff, 235.
52) *Huber*, Formenreichtum der Verfassung, ZbJV 107 (1971), 189 f.; *Schweingruber*, Sozialgesetzgebung, 85 und *Müller*, Soziale Grundrechte, 753 f.

Hinblick auf die Grundrechtsinterpretation (enge Verbindung von Grundrecht und Kompetenz), lässt sich der neueren deutschen Staatsrechtslehre entnehmen.[53]

Die schweizerische Bundesverfassung versieht Kompetenznormen häufig mit materiellen Direktiven über die Art der künftigen Gesetzgebung. Diese Anweisungen an den Gesetzgeber können sich z.B. in der Nennung von Gesetzgebungszielen oder in detaillierten schrankensetzenden Grundsätzen erfüllen.[54] Daneben finden sich eher neuartige Zuständigkeitsvorschriften, welche die betreffende Kompetenz durch eine globale Zielsetzung[55] bestimmen.

Nach Art. 34ter Abs. 1 lit. b ist der Bund befugt, „über das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, insbesondere über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten" Vorschriften aufzustellen. Nach lit. c kann der Bund Bestimmungen vorsehen über die AVE von GAV und von anderen gemeinsamen Vorkehren von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden zur Förderung des Arbeitsfriedens. Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, in diesen beiden Verfassungsbestimmungen die wirtschaftsrechtlich relevanten Leitideen herauszukristallisieren und die Gesetzgebung hieran zu messen. Was bedeutet „gemeinsame" Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten? Welches Gewicht misst der Verfassungsgeber der Zielsetzung „Förderung des Arbeitsfriedens" in lit. c bei? Gilt diese Zielsetzung auch für lit. b?

53) Beispiele sind u.a. Art. 34ter Abs. 1 lit. d und Art. 34 bis Abs. 1; zur deutschen Lehre vgl. s.u. Fn 54 und S. 104 Fn 60/61.

54) *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 7 und Fn 4 mit weiteren Angaben; *Säcker*, Grundprobleme, 72 und jüngst *Pestallozza*, Der Garantiegehalt der Kompetenznormen, in: „Der Staat", 1972, 161 ff., 170 f., mit weiteren Literaturangaben

55) Vgl. *Huber*, Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, 1 ff. und *Müller*, Soziale Grundrechte, 755 f.

3.2.4. Die „gemeinsame" Regelung von betrieblichen und beruflichen Angelgenheiten (Art. 34ter Abs. 1 lit. b BV)

3.2.4.1. „Organisatorische" Struktur dieser Kompetenzbestimmung

Die Umschreibung der Gesetzgebungsbefugnis und damit die vom Verfassungsgeber vorgezeichnete Zielsetzung ist durch die Verwendung des Begriffes „gemeinsam" rechtlich besonders strukturiert. Dieses Vorgehen des Verfassungsgebers nähert die Bestimmung stark der letztgenannten Kategorie von Zuständigkeitsvorschriften an. Sie ist aber noch dadurch besonders gekennzeichnet, dass sie den Gesetzgeber anweist, Verfahren für soziale Regelungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, möglicherweise auch die Einsetzung einer paritätischen Instanz ausserhalb der staatlichen Organisation, zu fördern. Das Ziel weist insofern einen eigentlichen „organisatorischen" Gehalt[56] auf.
Gewisse Ähnlichkeiten in der rechtlichen Struktur lassen sich in neuerer Zeit auch wieder bei verschiedenen Vorschlägen für verfassungsrechtliche Kompetenzbestimmungen entdecken, wie z.B. im bundesrätlichen Gegenvorschlag zur Gewerkschaftsinitiative für einen Mitbestimmungsartikel[57] und in der kompetenzmässigen Gestaltung einer Radio- und Fernsehfreiheit.[58] Diesen Bestimmungen ist im wesentlichen gemeinsam, dass der Staat nur die Rahmenbedingungen in einem Sach- und Gesellschaftsbereich festzulegen hat, der grundsätzlich anderen Rechtsträgern und Organen als dem Staat zur freiheitlichen Regelung übertragen ist. Sowohl bei der Mitbestimmungs- wie bei der Radio- und Fernsehkompetenz soll ein grundrechtlich abgesicherter Freiheitsbereich im Hinblick auf die ebenfalls berührten Dritt- (Gemeinwohl-)interessen dem Gesetzgeber zur „organisatorischen" Ver-

56) Hierauf verweist auch *Huber* in: Gutachten über die verfassungsrechtlichen Fragen der Mitbestimmung auf S. 7 ausdrücklich; zum Begriff des Organisationsrechts vgl. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 134 ff., 348 ff.

57) Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines BB betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag v. 22. 8. 1973; zur Entwicklung vgl. *Stauffacher*, Die Mitbestimmung im Verwaltungsrat der AG, 40 ff.

58) Vgl. s.u. S. 104 Fn 63

fassung offenstehen.[59]

In der deutschen Staatsrechtswissenschaft hat der Gedanke der organisationsrechtlichen Freiheitsverwirklichung durch den Gesetzgeber in den letzten Jahren vermehrt Beachtung erfahren. Im Bereich von Koalitionsfreiheit und Streikrecht haben, wie gezeigt,[60] vor allem *Scholz* und *Lerche* auf die organisationsrechtliche Gestaltungsaufgabe des Staates hingewiesen. *Leisner* hat ähnliche Gedanken für die Mitbestimmung aus einem organisationsrechtlichen Grundrechtsverständnis des Eigentums entwickelt.[61] *Starck* hat das organisationsrechtliche Grundrechtsverständnis noch für weitere Grundrechtsbereiche nutzbar gemacht.[62]

Darüberhinaus vermögen die neuesten Auseinandersetzungen über den Radio- und Fernsehartikel[63] ebenso zur Klärung der organisationsrechtlichen Fragestellung beizutragen wie die jüngste Diskussion

59) Entsprechend verdeutlicht auch die jüngere schweizerische Staatsrechtslehre, dass der Freiheitsgehalt eines Grundrechts nicht notwendig in der Form eines subjektiv-öffentlichen Rechts, sondern alternativ auch in einer verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmung adäquaten Ausdruck finden kann; auf den engen Zusammenhang zwischen verfassungsrechtlicher Kompetenzbestimmung und grundrechtlicher Freiheit, der in der Aufgabe des Staates zu positiver Sicherung und Verwirklichung der Freiheit zum tragen kommt, verweisen deutlich *Müller*, Soziale Grundrechte, 899 ff. und ebenso *Gygi*, Schweizerische Wirtschaftsverfassung, z.B. 351, 360. Letzterer leitet den freiheitlichen Charakter der schweizerischen Wirtschaftsverfassung gerade aus den wirtschafts- und sozialpolitischen Kompetenzen des Bundes ab.
Auch bei der Koalitionsfreiheit kommen dem Staat, wie gezeigt, positive instrumentierende Funktionen zu, ohne dass neben dieser freiheitsverwirklichenden Dimension staatlicher Sozialpolitik die staatliche Gesetzgebung begrenzende Funktion der Koalitionsfreiheit unbeachtet bleiben könnte; vgl. hierzu wieder eindrücklich *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 131, 135

60) Vgl. s.o. S. 22 ff. und hierzu neuestens auch *Stark*, Staatliche Organisation, 480 ff., 504 ff. und *Badura*, Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit, RdA 1976, 280

61) *Leisner*, Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung (Untertitel: Gibt es ein organisationsrechtliches Grundrechtsverständnis) DÖV 1975, 73 ff.; vgl. auch zum Verständnis der Grundrechte als Organisationsmaximen *Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, 161 ff., 187 ff.

62) *Starck*, a.a.O. (Fn 60), 480 ff. und ders., Freiheit und Organisation, 1 ff.

63) Vgl. Botschaft des Bundesrates betreffend einen Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen v. 21. 11. 1973, 56; zur Abstimmungsdiskussion vgl. NZZ v. 2. 9. 1976 und 10. 9. 1976; in der deutschen Literatur nimmt *Starck*, Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem, Recht und Staat, 422/23 und neuestens *G. Hermann*, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der BRD, Tübingen 1975, 317 ff., 348 ff., 360 ff., hierzu Stellung: vgl. auch *Scholz*, Private Rundfunkfreiheit und öffentlicher Rundfunkvorbehalt, JuS 1974, 306

in der Staatsrechtslehre über die alternative Realisierbarkeit sozialer Grundrechte durch Verfahrens- und Organisationsrecht.[64]
Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist im Begriff der „gemeinsamen" Regelung in Art.34ter lit. b BV das Verfahren freiheitlicher kollektiver Auseinandersetzung um bessere Arbeitsbedingungen verfassungsrechtlich verankert.

3.2.4.2. Die entstehungsgeschichtliche Auslegung von Art. 34ter Abs. 1 lit. b BV

Die Interpretation von Art. 34ter Abs. 1 lit. b BV hat jüngst wieder in Bezug auf die Mitbestimmungsproblematik vermehrte Aktualität erfahren, nachdem dieser Artikel lange nur ein Schattendasein führte und auch keine gesetzliche Konkretisierung fand. Es ging um die Frage, ob Art. 34ter Abs. 1 lit. b BV als Grundlage für eine gesetzliche Mitbestimmungsregelung genügen könnte. Die Aufnahme von lit. b in die „Wirtschaftsartikel von 1947" geschah aus der Absicht heraus, die notwendigen verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Verwirklichung einer „Betriebs- und Berufsgemeinschaft"[65] zu schaffen. Den Initianten schwebte dabei die Schaffung einer paritätischen Berufs- und Wirtschaftsorganisation vor, welche auch zur Lösung von Problemen der Produktionsregelung, der Preis- und Rohstoffpolitik herangezogen werden sollte. Auf die hinter der Forderung nach einer Betriebs- und Berufsgemeinschaft stehenden, grösstenteils sehr undeutlichen weltanschaulichen Hintergründe[66] kann hier nicht näher eingegangen werden. Entscheidend ist allein, ob und wie sich diese Forderung in den parlamentarischen Debatten und der bundesrätlichen Wertung niedergeschlagen hat.

64) *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, 89 und *Müller*, Soziale Grundrechte, 925 ff.
65) Hierzu z.B. *Kistler*, Die Betriebsgemeinschaft, Fribourg 1953; *Gruber*, Berufsgemeinschaft und Wirtschaftsordnung, Fribourg 1953
66) Die unterschiedlichen Auffassungen der französischen Schweiz, die mehr die Berufsgemeinschaft bevorzugte und der deutschen Schweiz, die der Betriebsgemeinschaft näher stand, kamen deutlich in den parlamentarischen Beratungen zum Ausdruck; die Postulate blieben aber weitgehend verschwommen; so auch *Aubert*, 34ter I b, in „Tagesanzeiger" v. 6. 3. 1976, 41 und *Huber*, Gutachten, 12 ff., 21 ff.

Auszugehen ist von der Tatsache, dass die heutige lit. b erst nachträglich durch Interventionen des Nationalrates aus dem engen Zusammenhang zur heutigen lit. c, welche die Förderung des Arbeitsfriedens durch AVE von GAV und andere gemeinsame Vorkehren enthält, gelöst wurde. Die Bestimmung in lit. b ist also aus dem Ideenkreis der staatlichen Förderung des Arbeitsfriedens herausgewachsen; die Befugnis zur „gemeinsamen" Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten kann nur aus diesem Sinnzusammenhang verstanden werden.[67)]

In lit. b soll die Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in betrieblichen und beruflichen Angelegenheiten auf das Ziel des Arbeitsfriedens hin gefördert werden. Die enge Beziehung von lit. b und c könnte immerhin andeuten, dass der Verfassungsgeber auch mit lit. b wesentlich den GAV als Verständigungsmittel zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ansprechen wollte. Insoweit wäre auch der weitere Schritt zu erwägen, ob das vom Staate anzustrebende friedliche Zusammenwirken nicht schon in der Formulierung „gemeinsam" seinen Niederschlag gefunden hat. Einen ersten Anstoss zum Überdenken von lit. b in dieser Richtung vermag m.E. die „Wohlfahrts- und Sicherheitsklausel" in Art. 2 BV geben, welche im Begriff der „gemeinsamen Wohlfahrt" auch die einzelnen Glieder des Gemeinwesens erfasst und zu gegenseitiger sozialer Verantwortung aufruft.[68)] Neben der Verantwortung des Staates für die Wohlfahrt treten die Pflichten zwischen Individuen und Institutionen ebenso hervor, wie die Verantwortung derselben gegenüber dem Gemeinwesen. Diese weite Zielsetzung in Art. 2 BV bedarf nun aber selbst wieder der sinnge-

67) Der Gedanke der Förderung des Arbeitsfriedens stand sowohl in der Botschaft des Bundesrates über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel von 1937, (BBl. 1937, II, 852 und 859 f.) wie auch in der Ergänzungsbotschaft 1945, BBl. 1945, I, 916 ff. 920 f. im Mittelpunkt; vgl. auch *Huber*, Gutachten, 14. Ein wichtiger Hinweis darauf, dass die Zielsetzung des Arbeitsfriedens auch für lit. b gilt, ergibt sich daraus, dass das BG über die eidgenössische Einigungsstelle vom 12.2.1949 hier seine verfassungsrechtliche Grundlage fand; vgl. *Eichholzer*, Öffentliches Einigungswesen, 1953, SJK 2

68) *Schweingruber*, Sozialgesetzgebung, 85 f.; *Tschudi*, Sicherung, 113 und *Müller*, Soziale Grundrechte, 775 f.

mässen Umsetzung in die einzelne Kompetenznorm, hier in Art. 34ter BV.

In der sozialpolitischen Diskussion, welche auch in der Schweiz in den Jahren nach dem zweiten Weltkrieg aufkeimte, ging es im Wesentlichen darum, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu verschaffen, bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses als gleichberechtigter Partner mitwirken zu können.[69] Den verschiedenen parlamentarischen Vorstössen jener Zeit[70] war gemeinsam, dass sie die Wahrung des sozialen Friedens auf dem Wege einer möglichst ständigen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern anstrebten und dazu eine mehr oder weniger weitgehende staatliche Unterstützung forderten.

Nach *Pini,* dem französischen Berichterstatter im Nationalrat,[71] standen sich bei den Kommissionsberatungen vor allem zwei Richtungen gegenüber:

> „L'une (tendance) basée sur l'expérience faite avec la fameuse et historique convention de la paix de travail dans l'industrie des métaux et des machines en 1937, met l'accent sur les accords bilatéraux librement acceptés par les organisations paritaires d'employeurs et d'employés sans l'intervention de l'état ou de la loi. L'autre au contraire, tout en partant de cette expérience voudrait généraliser par la voie législative dans le but d'assurer la paix sociale".[72]

Und derselbe fährt fort:

> „... Pour moi l'essentiel c'est que la communauté professionelle ou celle de l'entreprise se réalise librement plutôt que par contrainte".

Pini spricht also von „accords" durch zweiseitige Vereinbarungen zwischen den Arbeitgebern und Arbeitnehmern, welche die beiden Gemeinschaftsformen verwirklichen sollen. Man dachte hier sicherlich einmal an den GAV, aber auch an die Betriebsvereinbarung.

Auffällig ist nun, dass weder im Nationalrat noch im Ständerat die zwischen den welschen und deutschschweizerischen Ratsmitgliedern bestehenden Divergenzen im Hinblick auf ein konkreteres Aussehen ei-

69) Botschaft des Bundesrates vom 3. 8. 1945, 920 f.
70) Botschaft ebd.
71) Sten. Bulletin NR, 1945, 436, 441 ff., 444 ff.; vgl. auch 601 f.
72) Diese Aussage verdeutlicht sehr gut die geschichtliche Anknüpfung der Verfassungsdiskussion jener Zeit, *Pini* a.a.O. 444 f.

ner Betriebs- und Berufsgemeinschaft berührt oder gar ausgeräumt wurden. Der Eindruck dürfte kaum fehlgehen, dass man von dem Projekt einer paritätischen Berufs- und Wirtschaftsorganisation nicht allzuviel hielt,[73] oft selbst noch uneinig über die Ausgestaltung war und die eigentliche Konkretisierung des Artikels der praktischen Verwirklichung in der Zukunft überlassen wollte.[74]

Allen parlamentarischen Stellungnahmen war jedenfalls gemeinsam, dass in jeder Form der Wirtschaftsorganisation, durch freiwillige Vereinbarung oder durch Gesetz der Arbeitsfriede angestrebt werden sollte.
Der Bundesrat versuchte nun in seiner Botschaft vom 3. 8. 1945 seine Stellungnahme zur Betriebs- und Berufsgemeinschaft doch etwas genauer zu formulieren, in dem er ausführte:[75]

> „...Vor allem begrüssen wir jene Tendenzen, die den Staat von einer zu weitgehenden Einmischung in das Arbeitsverhältnis entlasten wollen und die Lösung der hierfür geeigneten Fragen eher im Zusammenwirken der beteiligten Organisationen sehen, wobei sich dann der Staat darauf beschränken könnte, den getroffenen Vereinbarungen oder den Beschlüssen paritätischer Organe allgemeine Wirksamkeit zu verleihen. ..."

Zwar erachtete es der Bundesrat auch als notwendig, dem Bund die Kompetenz einzuräumen, auf dem direkten Wege der Gesetzgebung Vorschriften über das Verhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zur Förderung des Arbeitsfriedens aufzustellen;[76] gedacht war aber nur daran, die verfassungsrechtliche Grundlage zur Förderung einer „gedeihlichen Weiterentwicklung und praktischen Verwirklichung" bereitzustellen.

73) Vgl. die Voten von Nationalrat *J. Huber*, Sten. Bulletin, 485 f. und in der Kommentierung: *Schurmann*, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der BV, ZBl 49 (1948), 92 f.

74) *Pini* a.a.O., 445: „Laissons la vie pratique développer son génie créatrice; vgl. auch ein ähnliches Zitat von *Pini* bei *Huber*, Gutachten, 18

75) Botschaft des Bundesrates vom 3. 8. 1945 (Ergänzungsbotschaft), 916 ff., 920 f. und entsprechend die Botschaft des Bundesrates vom 29. 2. 1954, BBl. 1954, I, 131; vgl. auch entsprechend *Pini* a.a.O., 445

76) Erganzungsbotschaft 1945, 921 f.; vgl. auch jüngst, *Zanetti*, Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, 13 f.

Die parlamentarischen Beratungen und bundesrätlichen Ausführungen lassen klar erkennen, dass man die (gesetzliche) Ausführung von lit. b der künftigen praktischen, sozialen Verwirklichung überlassen wollte, dass die Verfassungsnorm gegenüber der künftigen sozialen Entwicklung im Rahmen der globalen Zielsetzung des Arbeitsfriedens offen sein sollte. Die tatsächliche Verwirklichung der in lit. b enthaltenen Wertungen durch das äusserst flexible Instrument des GAV hat nicht nur andere vertragliche Vereinbarungen wie Betriebsvereinbarungen in der Bedeutung zurückgedrängt, sondern auch Interventionen des Gesetzgebers bis heute unnötig gemacht. Der GAV bildet die tatsächlich-aktuelle Verwirklichungsform von lit. b.[77] Der offene Inhalt von lit. b verweist eindeutig auf diese Möglichkeit inhaltlicher Füllung.[78]

Nicht nur die entstehungsgeschichtlichen Interpretationen in der Botschaft des Bundesrates und der vorberatenden Kommission, sowie vereinzelt von Ratsmitgliedern,[79] sondern auch die Auslegung von lit. b durch eine Expertenkommission des BIGA[80] und zum andern durch eine 1955 vom EDV eingesetzte Expertenkommission[81] heben alle die besondere Funktion des GAV in der Verwirklichung einer Betriebs- und Berufsgemeinschaft hervor.[82]

77) Die gesamtarbeitsvertragliche Regelung geniesst insoweit auch verfassungsrechtlichen Schutz; ebenso entsprechend für die deutsche verfassungsrechtliche Lage, *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 103 ff., 159 ff., 268 ff.; Anzeichen für andere Vereinbarungsmittel als den GAV, die den GAV von seinem verfassungsrechtlich bedeutsamen Platz in der schweizerischen Arbeitsverfassung verdrängen könnten, lassen sich entgegen *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung, 117 ff., nicht erkennen.

78) Jede andere Auslegung müsste einen einmal gewordenen sozialen Zustand in der Verfassung festschreiben, damit aber die soziale Entwicklung selbst bremsen; vgl. *Fleiner*, Mitbestimmungsrecht in der Verfassung, „Vaterland" v. 9. 3. 1974 und *Aubert*, Art. 34ter I lit. b – ein umstrittener Verfassungsartikel, (Fn 66), 41 f. Der GAV hat in der Geschichte genügende Flexibilität bewiesen, um dieser Gefahr nicht zu erliegen.

79) Vgl. z.B. das Votum *Picot*, Sten. Bulletin NR, 1945, 459

80) Bericht, erstattet vom BIGA, betreffend die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten, Bern 1948, 26 ff., 44 ff.

81) Bericht der Expertenkommission für Fragen der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, 20, 56 f., 89a f.

82) So auch *Huber*, Gutachten, 12 und ders., Rückblick auf die neuen Wirtschaftsartikel, in: FS *Sieber*, Bern 1976, 71; ebenso auch schon *Morell*, Die Ausführungsgesetzgebung zu den Sozialartikeln, 57; *Dudle*, 50 Jahre schweiz. Gewerkschaftsbund, 1957, 111 und *Zanetti*, Gewerkschaftsfreiheit, 78

In dieser Hinsicht sei angemerkt, dass der Begriff „gemeinsam" zugleich als ein Hinweis auf die „Gleichberechtigung", die „Parität" der Verhandlungspartner verstanden werden kann.[83] Der freiheitliche Staat, der Zusammenarbeit nicht erzwingen will, verpflichtet hierin gerade beide Seiten zum „gemeinen Besten" als dem „gemeinsamen Besten" zusammenzuwirken. Wie lit. c beweist, gibt damit aber der Staat seine Befugnis, die Verwirklichung der Arbeitsbedingungen mitzubeeinflussen, nicht auf.

3.2.4.3. Folgerung

Die Entstehungsgeschichte und noch mehr die tatsächliche praktische Verwirklichung der Leitidee einer Betriebs- und Berufsgemeinschaft durch die Verbände haben die bedeutsame Funktion des GAV bei der Ausfüllung von lit. b unterstrichen. Die schon erwähnte enge Relation von lit. c und lit. b bilden zusätzliche Bestätigung. Die Verfassung rechnet mit der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses durch Organisationen, was aber nicht hindert, dass, sofern es die soziale Entwicklung verlangen sollte, in lit. b zugleich die Grundlage für die gesetzliche „Förderung" der direkten Zusammenarbeit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in einer Mitbestimmungsregelung gefunden werden könnte.[84]
In einer „Förderungsgesetzgebung"[85] könnte z.B. ein Recht der Arbeitnehmer festgelegt werden, in den Betrieben Mitwirkungsorgane einzurichten, welches dann inhaltlich durch freie Vereinbarung (GAV oder Betriebsvereinbarung) näher konkretisiert werden müsste. In diesem Sinne ist die gegenwärtige Arbeitsverfassung auch „offene"[86] Verfassung.

83) *Huber*, Gutachten, 10
84) *Gygi*, Wirtschaftsverfassung, 367 f.; so auch schon *Schürmann*, Sozialordnung und Staatsverfassung, 9; *Schluep*, Mitbestimmung, 37 f.; *Fleiner*, Das Mitbestimmungsrecht, (Fn. 78) und *Aubert*, Art. 34ter 1b – ein umstrittener Verfassungsartikel, (Fn. 78). – So auch der Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, 68, dessen Art. 29 VE an Art. 34ter Abs. 1 lit. b BV anschliesst.
85) *Zanetti*, Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, 5 ff.
86) *Fleiner*, Das Mitbestimmungsrecht, hebt dies besonders hervor; vgl. *Scholz*, Koalitionsfreiheit durchgehend

3.2.5. „Die Förderung des Arbeitsfriedens" durch AVE von GAV in lit. c von Art. 34ter Abs. 1 BV

In Art. 34ter Abs. 1 lit. c BV wird der Bund für zuständig erklärt, über die AVE von GAV und anderen gemeinsamen Vorkehren – gemeint sind hier Beschlüsse von paritätischen Organen – „zur Förderung des Arbeitsfriedens" zu legiferieren. Wie ein Blick auf die Entstehungsgeschichte dieses Artikels zeigt, musste gerade in den Kriegsjahren der Förderung des Arbeitsfriedens erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt werden.[87] Die Garantie von Mindestarbeitsbedingungen in sozialpolitisch verantwortbarem Masse sollte den Arbeitsfrieden gewährleisten. Art. 34ter kann nun m.E. inhaltlich nicht voll erfasst werden, wenn man sich nicht über die sozialpolitische Bedeutung der Verfassungsrevision von 1947 und ihr Anknüpfen an die geschichtlich gewordene und teilweise schon mit rechtlichen Konturen ausgestattete Sozialordnung Rechenschaft gibt. Die Revision bedeutete „...politisch ein angemessenes, ja zögerndes Nachrücken, Nachgeben und Konzedieren gegenüber der vordrängenden Sozialpolitik..."[88] Die verfassungsrechtliche Fortentwicklung zeigte sich in der „Preisgabe der ablehnenden Haltung" gegenüber der gewachsenen Sozialordnung und staatlichen Sozialpolitik.[89]

Dieses Anknüpfen an die soziale Entwicklung und ihr möglichst freies Gewährenlassen wird nicht nur in Art. 31 bis Abs. 4 BV offenbar, wo die kollektive Selbsthilfe als Voraussetzung staatlicher Hilfsmassnahmen angesprochen ist, sondern überhaupt in der erstmaligen Anerkennung der ordnungspolitischen Funktion der Verbände in der Verfassung. So setzt Art. 32 Abs. 3 BV Bestand und Wirksamkeit der Wirtschafts- und Sozialverbände voraus, wenn die Anhörung der Verbände im Gesetzgebungsverfahren in Rechnung gestellt wird. In

87) Vgl. *Hausheer*, Die AVE von Kollektivverträgen 329, 342; *Schweingruber/Bigler*, Kommentar zum GAV, 81 ff.; die Botschaften des Bundesrates v. 1937 und 1941 unterstreichen dies.

88) *Schweingruber*, Sozialgesetzgebung, 88 ff.

89) Vgl. Botschaft des Bundesrates v. 1937, BBl. II, 850; der Sozialartikel bildete die notwendige verfassungsrechtliche Grundlage für frühere Erlasse, die ohne verfassungsrechtliche Basis erlassen wurden; teils erweiterte er bestehende Kompetenzen, teils führte er neue Aufgaben an.

den verschiedensten Bereichen werden die Wirtschaftsartikel dieser staatspolitischen Funktion der Verbände gerecht.[90] In 34ter Abs. 1 lit. c BV werden die Verbände und ihr Hauptbetätigungsmittel, der GAV, ausdrücklich als tragende Stützen der Arbeitsverfassung erwähnt.[91] Die in lit. c ausgedrückte Zielsetzung der Förderung des Arbeitsfriedens zeigt einmal, dass der Staat die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht erzwingen, sondern nur „fördern" will. Zum andern wird deutlich, dass die Verbände in ihrem „gemeinsamen" Handeln als Träger eines wesentlichen Teiles der sozialen Ordnung in ihrer „staatsentlastenden" Funktion anerkannt sind.[92]

Der GAV ist nach lit. c zunächst als „gemeinsame Vorkehr" zu charakterisieren, dessen Ordnung dem Bund zur Förderung des Arbeitsfriedens durch AVE auch auf Aussenseiter auszudehnen gestattet ist. Die Verfassung trägt zugleich aber auch der Tatsache Rechnung, dass durch den GAV wichtige institutionelle Neubildungen eines dauernden Zusammenwirkens der Verbände geschaffen worden sind (paritätische Kommissionen, gemeinsame Sozialkassen, Schiedsgerichte usw.), die für den Arbeitsfrieden von grundlegender Bedeutung sind. Diese Entwicklung des GAV zu einer umfassenden Sozialordnung ist in den „gemeinsamen Vorkehren" im Rahmen der Wirtschaftsartikel verankert worden und hat überdies im gesetzlichen Gesamtarbeitsvertragsrecht Anerkennung gefunden.[93]

Auf die Zusammenarbeit durch GAV stützt sich der Arbeitsfriede,

90) Hierzu beispielsweise *Delley/Morand*, Les groupes d'intérêt et la révision totale de la constitution fédérale, ZSR 93, 1974, I, 487 ff., 496 f.; zur Entwicklung dieser staatspolitischen Funktionen der Verbände vgl. *Malherbe*, J., Le corporatisme d'association en Suisse, Lausanne 1940

91) Dies hebt *Zanetti*, Gewerkschaftsfreiheit, 77 ff., 78 und 81 besonders hervor; so auch deutlich die Botschaft von 1937, BBl 1937, II, 850

92) Vgl. Botschaft des Bundesrates v. 3. 8. 1945, BBl 1945, I, 921; zur Förderungsaufgabe des Bundes vgl. schon den Bericht der Expertenkommission v. 18. 5. 1955 und *Zanetti*, Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, 5 ff. Der Staat kann durch das Einigungswesen und durch entsprechende Handhabung der Submissionsvorschriften den Abschluss von GAV fördern; vgl. den Bericht des BIGA v. 1948, 61 ff.

93) Vgl. *Gysin*, Strukturwandlungen im sozialen Recht der Schweiz, in FS für *H.C. Nipperdey*, Tübingen 1965, II, 92 ff., 93. Zur geschichtlichen Entwicklung des GAV vgl. *Eichholzer*, Aus der Geschichte des schweizerischen GAV, ZSR 83 (1964), 41 ff.

den zu fördern sich der Bund verpflichtet hat. Die Verfassung erwartet also die Sicherung des Arbeitsfriedens in erster Linie vom Kollektivrecht der Verbände.[94] Ohne sich ausdrücklich näher mit der GAV-Ordnung zu befassen, setzt die BV den GAV und damit die Tarifautonomie als immanentes Element der Arbeits- und Wirtschaftsverfassung voraus.[95]

Der GAV hat sich bis heute als wirksamste Institution der schweizerischen Rechtsordnung zur Sicherung des Arbeitsfriedens erwiesen. In seinen normativen Bestimmungen (Art. 356 Abs. 1 OR) ordnet der GAV die sozialen Mindestarbeitsbedingungen (Ordnungsfunktion) und schafft damit auch Frieden zwischen den Arbeitgebern und Arbeitnehmern (Friedensfunktion). Die normativen Bestimmungen, welche alle Gegenstände erfassen können, die Inhalt der einzelnen Arbeitsverhältnisse sind, sind unabdingbar, d.h. sie bestimmen das individuelle Arbeitsverhältnis unmittelbar und sind zwingender Natur. Für die Sicherung des Arbeitsfriedens ist besonders relevant, dass auch „Massregelungs- und Benachteiligungsverbote nach einem Streik" in den GAV aufgenommen werden können.

Die „direkt" schuldrechtlichen Bestimmungen regeln die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, also der Verbände, deren bedeutendste die „Einhaltungspflicht" ist. Zweck der Einwirkung nach Art. 357a Abs. 1 OR ist, die Missachtung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen durch die Verbandsmitglieder zu verhindern.[96]

94) Vgl. auch Botschaft des Bundesrates v. 29. 1. 1954, BBl 1954, I, 131; *Tschudi,* Sicherung 113 und ders., Die Kodifikation des Arbeitsrechts, 58; *Zanetti,* Gewerkschaftsfreiheit, 78 und ders., Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, 6 und 12

95) *Huber,* Unbestimmte Mitbestimmung, NZZ v. 3. 2. 1974 und ders., Gutachten, 12; *Zanetti,* Gewerkschaftsfreiheit, 78; *Gygi,* Wirtschaftsverfassung, 366 ff., und schon Botschaft des BRs v. 21. 5. 1941, BBl. 1941, I, 323 implicit; auch nach *Nef,* Literaturspiegel des schweiz. Arbeitsrechts, ZSR 90, 1971, 207 f. erkennt die Verfassung in Art. 34ter Abs. 1 lit. c BV den Verbänden die Tarifautonomie zu. Ebenfalls sieht das BVerfG den Koalitionszweck und zugleich die äusserste Grenze der Koalitionsbetätigung in der Leitidee einer „sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens" abgesteckt, vgl. BVerfGE 18, 18 (27)

96) *Schweingruber/Bigler,* Kommentar zum GAV, 65 ff.

Art. 357a Abs. 2 OR statuiert die „relative" Friedenspflicht für die Dauer des GAV.[97] Bahnbrechend für die heute in der Praxis (noch) überwiegende „absolute" Friedenspflicht wurde aber das Abkommen in der Maschinen- und Metallindustrie von 1937, welches umfassende friedliche Streiterledigungsmechanismen enthält.[98]

Gesamtarbeitsverträge können aber auch Vereinbarungen enthalten, welche schuldrechtliche Beziehungen zwischen den einzelnen Vertragsparteien des GAV oder zwischen einer „Vertragsgemeinschaft" (Art. 357b OR) und den Mitgliedern der betreffenden Verbände begründen (indirekt schuldrechtliche Bestimmungen).[99] Auf diesem Wege wird beispielsweise oft die Mitwirkung der Arbeitnehmer in Betrieben geregelt.[100]

Der GAV ist in seiner geschichtlichen Entwicklung heute selbst zum Hauptbestandteil einer eigentlichen „Berufsgemeinschaft" geworden.[101] Er fügt sich damit in ein System der Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft ein, welches in der Schweiz auf einer langen Praxis „einvernehmlicher" Regelungen beruht.[102]

Ein Blick auf die Situation des deutschen Verfassungsgebers zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes zeigt, dass auch hier Art. 9 Abs. 3 GG bewusst an die geschichtliche Ordnung des kollektiven Arbeitslebens durch GAV anknüpfte. Dieser Bestimmung wurde vom BVerfG

97) Zu den sich stellenden einzelnen Fragen vgl. *Förch*, Der rechtswidrige Streik, 76 f.

98) Vgl. den Geschäftsbericht des SMUV 1973-1975 zur Vereinbarung vom 19. 7. 1937/1974, 68 ff. Der Entwurf über eine Vereinbarung zwischen der Arbeitgeberkonvention der schweizerischen Uhrenindustrie und dem SMUV, der auf den 1. 10. 1977 in Kraft treten soll, sieht ein noch differenzierteres Verhandlungs- und Schlichtungssystem vor (z.B. Beiziehen einer neutralen Treuhandstelle nach Art. 10 und die Möglichkeit einen zuständigen regionalen Vermittler mit ausgedehntem Zuständigkeitsbereich gemäss Art. 12 ff. anzurufen)

99) Die direkt schuldrechtlichen Bestimmungen betreffen das Verhältnis der vertragsschliessenden Parteien unter sich, während die indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen das Verhältnis zwischen den vertragsschliessenden Verbänden und den einzelnen dem GAV unterworfenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern berühren.

100) *Rentsch*, Geltungsbereich, 40

101) *Schweingruber/Bigler* a.a.O., 25 f.; *Gallati*, Arbeitsfriede und *Zanetti*, Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, 6 („Berufsstatut")

102) *Schürmann*, Interventionismus, 49 f., der diese Technik gerade aus der „Stilgeschichte" und der „politischen" Kultur der Schweiz erklärt.

auf dem Hintergrund ihres „historischen Sinnes" die Garantie eines Tarifvertragssystems als institutionelle Garantie entnommen.[103] Sinn und Zweck des Koalitionsverfahrens, die historisch gewachsenen Gegebenheiten sowie die Entwicklungstendenzen des Soziallebens dienten dem BVerfG dabei als Richtlinien.

Die Tatsache nun, dass der Staat die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nur fördern kann und deshalb auch grundsätzlich den Arbeitskampf anerkennen muss,[104] bedeutet nicht, dass der Staat sich an der sozialen Entwicklung desinteressieren dürfte. Im Interesse des Gemeinwohls muss der Staat aktiv an der Sicherung des Arbeitsfriedens mitwirken. Wenn lit. c mit dem Mittel der AVE eine Gefährdung des GAV durch die Nichtorganisierten oder eine besondere Benachteiligung der schwächeren Aussenseiter vermeiden will, so ergibt sich die Förderung des Arbeitsfriedens als eine Leitidee der AVE.[105] Die Verfassung schreibt also die staatliche Intervention in den Arbeitsmarkt zum Schutze des Gemeinwohls selbst vor.

Im BG von 1956 über die AVE von GAV hat dieser Auftrag an den Gesetzgeber seine Konkretisierung gefunden. Das Gesetz ist freiheitlich gehalten, es beschränkt sich auf die Regelung des Verfahrens und die Anordnung der AVE und ist getragen von der Überzeugung, dass das GAV-Instrument in der Hand der Sozialpartner bleiben müsse.[106]
Von besonderer Bedeutung für die Sicherung des Arbeitsfriedens ist, dass auch die Bestimmungen über die gemeinsame Durchführung des GAV im Sinne von Art. 357b OR der AVE zugänglich sind. Wie die

103) Vgl. BVerfGE 4, 96 (106); 18, 18 (26 ff.); vgl. auch zur Berufsfreiheit BVerfGE 7, 377 ff.
104) *Tschudi*, Sicherung, 109
105) *Tschudi* a.a.O., 112 f.; *Schweingruber/Bigler*, Kommentar zum GAV, 83; *Hausheer*, Die AVE von Kollektivverträgen 329; *Zanetti*, GAV und AVE, SJK N 841/42 und *Gygi*, Wirtschaftsverfassung, 366
106) *Gallati*, Der Arbeitsfriede, 133; zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes vgl. *Schweingruber/Bigler*, a.a.O., 87 ff.; vgl. auch Botschaft des Bundesrates v. 29. 1. 1954 zum Entwurf eines BGs über den GAV, BBl 1954, I, 131

Organisierten können auch die Aussenseiter unmittelbar gegenüber den Vertragsparteien verpflichtet werden, den GAV einzuhalten.[107]

3.2.6. Ergebnis und Folgerungen

Die institutionelle und wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung der Tarifautonomie und damit der Koalitions- und Arbeitskampffreiheit gewinnt in dem Masse an Gestalt, in dem der GAV zu einem funktionsfähigen Medium des wirtschaftlichen Verteilungskampfes und zu einem Datum der Gesamtwirtschaftspolitik wird. Diese institutionelle Bedeutung der Tarifautonomie hat in Art. 34ter BV ihren Niederschlag gefunden; die Sicherung und Förderung der Tarifautonomie stellt sich als wesentlicher Teilgehalt einer auf eine sozialgerechte Verteilung des Sozialprodukts ausgerichteten staatlichen Sozialpolitik dar. In der Zielsetzung einer „gemeinsamen" Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten in lit. b sowie implicit auch in lit. c ist die freiheitliche Auseinandersetzung der Sozialpartner als vom Gesetzgeber zu förderndes Verfahren verfassungsrechtlich anerkannt.[108] Die Koalitionsfreiheit ist überdies heute ausdrücklich durch Art. 11 EMRK und das Abkommen 87 der ILO zum Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung geworden.

Zwar lässt nun die schweizerische Arbeitsverfassung keine ausdrücklich ausgeführte Arbeitskampfkonzeption erkennen; die in Art. 34ter Abs. 1 deutlich werdende Beschränkung gesetzgeberischer Interventionsbefugnisse auf die „Förderung" des Arbeitsfriedens vermag aber klarzustellen, dass die Verfassung implicit auch von der Zulässigkeit des Arbeitskampfes ausgeht.[109] Erwartet nun aber die BV die Regelung des Arbeitsverhältnisses primär von einer kollektivrechtlichen Ordnung der Sozialpartner, so gewinnt auch der grundsätzlich aner-

107) *Schweingruber/Bigler*, 86 und *Gallati*, Der Arbeitsfriede, 135
108) *Muller* nennt Beispiele für mögliche in objektiven Normen (Kompetenzbestimmungen) enthaltene individualrechtsschützende Gehalte, Soziale Grundrechte, 903
109) Vgl. schon *Tschudi*, Sicherung, 109 und *Wormser*, Streikartikel, 23

kannte Arbeitskampf inhaltlich vermehrt Konturen. Wirtschaftsrechtlich betrachtet fügt sich damit der Arbeitskampf in die kollektivrechtliche Ordnung zur Garantie einer funktionsfähigen Tarifautonomie ein.[110]

Das institutionelle Verständnis der Koalitionsfreiheit hat sich in Art. 34ter BV gerade auch in der Anerkennung eines an den Gesetzgeber gerichteten Auftrages zur Sicherung und Förderung der kollektiven Auseinandersetzung deutlich manifestiert.

3.3. Der von der schweizerischen Arbeitsverfassung vorgezeichnete Weg zu funktionsgerechten Kampfregeln

3.3.1. Die Legitimation zum Arbeitskampf

Arbeitskampf ist aus der wirtschaftsrechtlichen Perspektive betrachtet dann funktionsgemässe Rechtsausübung, wenn er zur Schaffung einer gesamtarbeitsvertraglichen Ordnung beiträgt, die „Organisationslücke" füllt und damit sich selbst als Mittel erweist, den Arbeitsfrieden wiederherzustellen.

Arbeitskämpfe, die nicht von den Koalitionen als Vereinbarungspartnern ausgehen, sind demnach grundsätzlich funktionswidrig.[111] Nicht von Koalitionen geführte Arbeitskämpfe müssen nun aber deshalb nicht schon in jedem Falle rechtswidrig sein.

Die schweizerische BV lässt denn auch in lit. b von Art. 34ter durchaus auch einzelne Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Handlungssubjekte zu, indem ihnen die Regelung der Arbeitsbedingungen durch

110) Die Verfassung lässt so doch wenigstens den rechtlichen Rahmen erkennen, in welchem die schweizerische Rechtsordnung mit dem Arbeitskampf rechnet, wie auch die Richtung, in der das geltende Arbeitskampfrecht fortgebildet werden kann. Die Aussagen der heutigen Verfassung können aber auch von einem künftigen Verfassungsgeber kaum übersehen werden; der Entwurf der Expertenkommission für eine Totalrevision der BV macht dies in den Art. 27 und 28 deutlich. Vgl. auch Bericht der Expertenkommission 66 f.

111) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 120; vgl. auch sinngemäss: *Scheuner*, Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, 331

Betriebsvereinbarung ermöglicht wird. Das staatlicherseits bereitzustellende Mittel der Mitwirkung soll dabei aber zur Förderung der Zusammenarbeit („gemeinsam"), zur Erhaltung des „betrieblichen" Friedens dienen, wie sich unschwer auch aus dem engen Zusammenhang von lit. b und c erkennen lässt.[112] Mitwirkung erweist sich insoweit als staatlicherseits bereitgestelltes, von der Zielsetzung her zur GAV-Ordnung hinzutretendes, von der Durchsetzung der Arbeitsordnung her gesehen aber zum GAV alternatives Regelungsmittel.[113] Den Arbeitskampf der einzelnen Arbeitnehmer in gleichem Masse wie den der Koalitionen als von der Verfassung geduldet ansehen zu wollen, hiesse jedoch mehrere Gesichtspunkte zu vernachlässigen. Eine dem Arbeitskampfrecht der Koalitionen vergleichbare Zulassung des Streiks von einzelnen Arbeitnehmern würde schon deshalb der Intention von lit. b nicht entsprechen, weil die Funktionsfähigkeit der betrieblichen Mitbestimmung[114] durch die gleichzeitige Zulassung des Arbeitskampfrechts der einzelnen Arbeitnehmer stark beeinträchtigt, so aber der betriebliche Friede selbst gefährdet würde.
In Würdigung dieser Tatsache hat denn auch z.B. das deutsche Betriebsverfassungsgesetz von 1972 in Art. 74 II 1 zur Wahrung eines geordneten Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ein Arbeitskampfverbot aufgestellt.[115]

Eine bedeutsame funktionelle Kampfgrenze hat die Verfassung dadurch aufgestellt, dass ein Streik einzelner Arbeitnehmer sicherlich nicht die GAV-Ordnung selbst und damit den Arbeitsfrieden aushöh-

112) Vgl. jüngst *Zanetti*, Vorschlag, 5 ff., in dessen Textentwurf (Art. 1) die Sicherung des sozialen Friedens im Betrieb ausdrücklich erwähnt ist.

113) Mitbestimmung will im Gegensatz zum Streik den Konflikt institutionell in organisationsrechtlicher Sicherung der verschiedenen Einflüsse lösen. Mitbestimmung setzt eine gewisse Interessenübereinstimmung voraus, während das Kollektivvertragsrecht von der Interessendivergenz ausgeht, so z.B. auch *Marmier*, Le droit de négociation, 52

114) Zur Bedeutung und Abgrenzung der betrieblichen Mitbestimmung, *Stauffacher*, Mitbestimmung im Verwaltungsrat der AG, 88 ff. 89

115) § 74 Abs. 2: „Massnahmen des Arbeitskampfes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sind unzulässig; Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien werden hierdurch nicht berührt. Arbeitgeber und Betriebsrat haben Betätigungen zu unterlassen, durch die der Arbeitskampf oder der Frieden des Betriebes beeinträchtigt werden. ..."; vgl. auch § 2 Abs. 1 BetrVG („vertrauensvolle Zusammenarbeit"); vgl. auch *Blomeyer*, Die rechtliche Bewertung des Betriebsfriedens ..., in ZfA 1972, 85 ff.

len darf. Nicht gewerkschaftlich geführte Streiks organisierter und nichtorganisierter Arbeitnehmer, die auf Abänderung bestehender GAV abzielen, sind nicht nur funktionswidrig, sondern auch rechtswidrig.

Überhaupt kann eine Rechtsordnung, welche in ihrer Wirtschafts- und Arbeitsverfassung der Tarifautonomie eine zentrale Stellung einräumt, folgerichtig nicht die arbeitsvertragliche (einzelvertragliche) Regelung durch Gewährung von Kampfmitteln, die dem gewerkschaftlichen Streik entsprechen, zu einem die Bedeutung des GAV schwächenden Regelungsinstrument aufwerten.[116] Die rechtspolitische Privilegierung des gewerkschaftlichen Streikrechts gegenüber einem wilden Streikrecht ist hier schon vorgezeichnet.[117] Wie nun aber schon die heutige Rechtslage zeigt, ist ein gänzliches Verbot des „wilden Streiks" nicht angezeigt, zur Sicherung des Arbeitsfriedens nicht notwendig und auch kaum zweckmässig im Hinblick auf die tatsächliche geringe Beachtung eines Verbots.[118]

3.3.2. Das gesamtarbeitsvertragliche Regelungsziel als funktionale Begrenzung des Arbeitskampfes

Der bedeutsame Stellenwert der Tarifautonomie in der schweizerischen Rechtsordnung legt es nahe, ein das Arbeitsverhältnis suspendierendes Streikrecht allein zur Durchsetzung gesamtarbeitsvertraglicher Ziele vorzusehen.[119] Geht man von der Hilfsfunktion des Arbeitskampfes bei der Durchsetzung gesamtarbeitsvertraglicher Regelungen aus, so könnten der Gesetzgeber oder der rechtsfortbildende Richter die zulässigen Kampfziele durchaus mit dem zulässigen Inhalt von GAV identifizieren; der Kreis der erkämpfbaren Regelungen

116) *Seiter*, Streikrecht, 198 unf 486; vgl. ausführlich s.u. S. 166 ff.
117) Zu diesem Ergebnis gelangte jüngst auch *Zweifel*. Der wilde Streik 78 f.
118) *Tomandl*, Grundprobleme 199.
119) *A.A. Böni*, Begriff, 19, 112; dagegen richtigerweise *Schluep*, Überbordungsgefahren, 121, Fn 48 und implicit auch *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 157; für die h.L. in der BRD, *Seiter*, 482 ff.

könnte aber auch enger gezogen werden.[120] Auch die schuldrechtlichen Bestimmungen der GAV müssten als grundsätzlich erkämpfbar angesehen werden. Die Bindung des unternehmerischen Entscheidungsspielraums z.B. in dem Sinne, dass Rationalisierungen, Betriebsverlegungen, Investitionen, Preis- und Produktionsentscheide nur mit Zustimmung der Gewerkschaft vorgenommen werden könnten, müsste aber als eindeutig verfassungswidrig bezeichnet werden. Ein Mitentscheidungsrecht der Arbeitnehmer im unternehmerischen Bereich wurde, wie schon die Interpretation von Art. 34ter Abs. 1 lit. b durch den Expertenausschuss des EVD von 1955 bewies,[121] als verfassunswidrig angesehen.[122] Diese Grenze gilt ebenso für das Arbeitskampfrecht.[123]

Soll der Arbeitskampf den Abschluss eines GAV vorbereiten können, so darf er nicht für Ziele eingesetzt werden, die der Regelungskompetenz des GAV entzogen sind.[124] Der Arbeitskampf ist somit, wie es die ESCH in Art. 6 N 4 ausdrücklich festhält, auf Regelungsstreitigkeiten beschränkt.[125] Nach diesem Kriterium wäre ein „Verdrängungsstreik", d.h. ein Streik, der mit dem Ziele geführt wird, eine schwächere Gruppe von Arbeitnehmern von ihren Plätzen zu verdrängen, unzulässig.[126] Der Arbeitskampf kann sich danach aber auch nicht auf die Interessenwahrnehmung gegenüber staatlichen Organen beziehen. Der politische Arbeitskampf ist generell verfassungswidrig, da die Verfassung für die Einflussnahme der Verbände bzw. der Bür-

120) Hierzu ausführlich *Seiter*, 487 ff. in der Auseinandersetzung mit *Biedenkopf*, Tarifautonomie, 276 ff., 311 ff.

121) Bericht der Expertenkommission vom 18. 5. 1955, 49

122) So jüngst *Zanetti*, Vorschlag, 14; ebenso schon *Schluep*, Eigentumgsgarantie und Mitbestimmung, in FS *Jeger*, 1973,425 ff. (429 f.)

123) Vgl. hierzu *Seiter*, Streikrecht, 491 f. mit verschiedenen Stellungnahmen zu dieser Frage in Fn 42-44

124) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 121

125) Conclusions I, 38; nicht berührt von dieser Frage ist die Zulässigkeit individueller Leistungsverweigerungsrechte

126) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 122; *Seiter*, Streikrecht, 528 und für die Schweiz vgl. BGE 51 II 525 ff. und 54 II 142 ff.

ger auf die Staatswillensbildung andere Formen vorsieht.[127] Der politische Streik ist auch durch die ESCH nicht gedeckt.[128] Schwierig ist es nun, den Begriff des politischen Arbeitskampfes genauer zu umreissen.[129] Unzulässig erscheint m.E. ein Arbeitskampf jedenfalls auch dann, wenn er nur als Protest oder Demonstration gegenüber staatlichen Organen oder gegenüber dem privaten Gegner dienen soll.[130] Eine Ausnahme dürfte nur der im Dienste der Tarifautonomie stehende Warnstreik machen.[131]

Schluep hält auch entsprechend *Rüthers*[132] dafür, dass der Sympathiearbeitskampf, welcher „mittelbar" die Erzwingung der Tarifregeln anderer GAV-Parteien beabsichtigt und nicht vom eigenen Partner die Verbesserung der Arbeitsbedingungen erstrebt, unzulässig sei. Eine Zulassung müsste sich am Prinzip der totalen kollektiven Solidarität und damit am Klassenkampf orientieren. In Deutschland führt die Gegenmeinung (h.L.)[133] an, dass die Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer so eng verflochten sind, dass der Druck auf den eigenen sozialen Gegenspieler sich regelmässig auch auf die anderen Wirtschaftszweige auswirke.

127) So die h.L. in der Schweiz: *Böni*, Begriff 79, *Schluep*, a.a.O. 123 und Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, 67; ebenso in Deutschland: Vgl. vor allem *Seiter*, Streikrecht, 121 mit Hinweisen auf die h.M. in Fn 73 und ders. a.a.O., 498 ff.; vgl. auch *Rüthers*, Streik und Verfassung, 79 ff. und *Söllner*, Arbeitsrecht, 79 f. Ein neuestes Beispiel bietet der Ärztestreik in Niedersachsen als Antwort auf Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung, vgl. „Die Zeit" v. 17. 2. 1977; a.A. ist aber der italienische Verfassungsgerichtshof in einem Urteil v. 19. 12. 74, RIT 1976 (113), 51 f., welcher die Strafbarkeit des politischen Streiks für verfassungswidrig angesehen hat.

128) Vgl. Conclusions II, 27

129) Beim politischen „Erzwingungskampf" soli durch Lahmlegung der Betriebe mittelbar ein Druck auf staatliche Organe ausgeübt werden. Beim politischen Widerstandskampf handelt es sich um die Lahmlegung des öffentlichen Lebens meist durch Generalstreiks. Angesichts fliessender Übergänge ist die Gefahr der Politisierung legaler Arbeitskämpfe besonders dort ausgeprägt, wo lebensnotwendige Belange auf dem Spiele stehen.

130) Ebenso *Söllner*, a.a.O., aber *Böni* a.A. 79

131) So *Seiter*, 257 ff., 500; vgl. BAGE v. 17. 12. 1976 = JZ 1977, 475 f.

132) *Rüthers*, BB 1974, 312 und AuR 1967, 131; entsprechend *Schluep* a.a.O., 124 f.; mit Vorbehalten auch *J. Müller*, Friedenspflicht, Fribourg 1960, 56 und 80 f. und *Gallati*, Arbeitsfriede, 103; zur Zulässigkeit eines Sympathiestreiks anlässlich des Generalstreiks 1918 aber BGE 45 II 555

133) Zur h.M. in Deutschland vgl. *Seiter* a.a.O., 502 ff., Fn 89 und *Söllner*, 90; vgl. auch die Angaben bei *Hartje*, Der Sympathiearbeitskampf, Diss. Freiburg 1971

Ob der ESCH eine Bestätigung für die Zulässigkeit eines Sympathiearbeitskampfes entnommen werden kann, ist in der Doktrin umstritten[134] und wird auch vom Expertenausschuss nicht näher ausgeführt. Die Befürworter führen insbesondere ins Feld, dass es angesichts der möglichen Produktionsverlagerungen multinationaler Konzerne mit den Grundsätzen der ESCH nicht vereinbar wäre, den Arbeitnehmern das Mittel des internationalen Sympathiearbeitskampfes vorzuenthalten. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes in den meisten Vertragsstaaten der ESCH dient als weiteres Argument.[135] Hierzu ist anzumerken, dass die Entwicklung in diesem Randgebiet des Arbeitskampfes noch keineswegs als abgeschlossen gelten kann. Auffallend ist die sehr restriktive Haltung des Cour de Cassation[136] gegenüber dem Sympathiestreik im sonst so streikfreundlichen Frankreich. Ausserdem vermag es trotz der in Deutschland wiederaufgeflammten Diskussion über die „Solidarität im Arbeitsrecht" [137] kaum zu überzeugen, wenn die Zulässigkeit von Sympathiekampfmassnahmen aus dem vagen Solidaritätsargument gefolgert wird. Ob ein Sympathiestreik aus Gründen der Kampfparität erforderlich ist, wie es in der deutschen Lehre behauptet wird,[138] lässt sich weder für Deutschland noch für die Schweiz an tatsächlichen Vorfällen nachweisen.

Immerhin erscheint m.E. ein Sympathiestreik dann als „sozialadäquat", wenn auf der Gegenseite eine so enge wirtschaftliche Verflech-

134) Für eine Anerkennung sind *Kahn-Freund*, Some reflections, 152 und entsprechend *Mitscherlich*, Das Arbeitskampfrecht, 139 ff.; a.A. aber *Bleckmann*, Interprētation, 402 und *Sproedt*, Koalitionsfreiheit,. 82

135) Vgl. *Mitscherlich* a.a.O., 140 f, 142 ff. mit weiteren Hinweisen.

136) Vgl. die Rechtsprechungs- und Literaturhinweise bei *Coester*, Drittbezogene Arbeitskampfmassnahmen in den USA, Frankreich und der BRD, RdA 1976, 282 ff.,; insgesamt scheint nach der Beurteilung *Coesters* in Frankreich aber die Tendenz in der Literatur, Sympathiestreiks für zulässig zu halten, zu überwiegen.

137) Vgl. *Gamillscheg*, Solidarität als Rechtsbegriff, in FS für *Fechner*, 1973, 135 ff. und *Pfarr-Kittner*, Solidarität im Arbeitsrecht, RdA 1974, 284

138) *Söllner*, Arbeitsrecht, 90 und *Seiter*, Streikrecht, 505 f.

tung besteht, dass es sich um ein und denselben sozialen Gegenspieler handelt.[139]

3.3.3 Die Aussperrung als Mittel zur Herstellung eines gleichgewichtigen Auseinandersetzungsprozesses

Die Aussperrung erscheint auf einem gegengewichtig organisierten Arbeitsmarkt als notwendiges Pendant zum Streik; sie will verhindern, dass den Arbeitnehmern zusätzlich zur Kampfinitiative auch die freie Verfügung über zeitlichen und räumlichen Umfang eines Arbeitskampfes verbleibt. Die „Kampfparität" bildet notwendige Voraussetzungen des GAV-Abschlusses selbst.

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung macht keinen rechtlichen Unterschied zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden, sie geht von ihrer Gleichberechtigung aus. Dies zeigt sich nicht nur im Begriff „gemeinsam" von Art. 34ter Abs. 1 lit. b BV[140], sondern auch auch in lit. c. Auch die Aussperrung wird durch die ESCH gewährleistet. Wieweit nun die Aussperrung rechtlich vertreten werden kann, wird unten[141] noch ausführlich behandelt werden. Schon jetzt ist aber festzuhalten, dass nach den genannten wirtschaftsrechtlichen Voraussetzungen eine Aussperrung nicht oder anders organisierter Arbeitnehmer als funktionswidrig angesehen werden müsste.[142]

139) So *Söllner*, Arbeitsrecht, 71, 90; im neueren deutschen Schrifttum wird der Sympathiearbeitskampf nur unter sehr einschränkenden Bindungen zugelassen (z.B. tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme auf den Hauptkampf und mittelbares Interesse am Ausgang des Hauptkampfes), vgl. *Seiter*, 503, N 89. – Für eine grundsätzliche Zulässigkeit des Sympathiestreiks spricht sich auch der Bericht der Expertenkommission, S. 67, aus.

140) Siehe *Huber*, Gutachten, 10 und ders., Unbestimmte Mitbestimmung, NZZ v. 3. 2. 1974

141) Vgl. s.u. S. 197 ff.

142) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 125 f. und vgl. unten S. 179 ff., 181 ff., ausführlicher in der Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung von *Seiter*, Streikrecht, 343 ff.

3.3.4. Die Wiederherstellung des Arbeitsfriedens als Kampfziel und dessen Konkretisierung im Verhältnismässigkeitsprinzip

Die wirtschaftsrechtliche Funktion des Arbeitskampfes zeigt deutlich, „dass die Zielrichtung der Auseinandersetzung in eigenartiger Weise und in jeder Phase der Konfliktaustragung auf die Wiederherstellung des Arbeitsfriedens weist".[143] Dieser Gemeinwohlgehalt hat in Art. 34ter BV deutlich Gestalt angenommen.

Das deutsche BAG hat diese Kampfregel unter dem Begriff der Verhältnismässigkeit zusammengefasst, wobei Verhältnismässigkeit als umfassendes Gebot der Rücksichtnahme auf den Kampfgegner sowie auf Dritte zu verstehen ist.
Auf die Frage, inwieweit aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip funktionsgerechte und justiziable Grundsätze entwickelt werden können, wird weiter unten in der Auseinandersetzung mit der deutschen Rechtsprechung noch genauer eingegangen werden müssen.[144]

3.4. Ergebnis und Ausblick

Funktionsgerechte Kampfregeln können entgegen der heute noch geltenden Rechtsauffassung nicht aus einem Verständnis des Streiks als Persönlichkeitsrecht und der Ableitung aus einer allgemeinen Handlungsfreiheit sowie den Schranken der allgemeinen Rechtsordnung entnommen werden. Allein die wirtschaftsrechtliche Sicht des Arbeitskampfes, welche auf einen in den Dienst der Koordinationsordnung gestellten Arbeitskampf abstellt, vermag die öffentlichen Verantwortungsbezüge dieses Instituts genügend herauszustellen.

143) *Schluep* a.a.O., 126; das BVerfG sieht sogar in der „sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens ein Rechtsgut, zu dessen Schutz der Gesetzgeber in den Kernbereich der Koalitionsfreiheit eingreifen darf: so BVerfGE 18, 18 (27); vgl. auch 17, 319 (334); 19, 303 (322)

144) Vgl. s.u. S. 228 ff.

Die zentrale Stellung der Tarifautonomie, welche in Verfassung, Gesetzgebung und Praxis ihren Niederschlag gefunden hat, vermag den Weg und die Richtung anzuzeigen, in welcher eine künftige legislative Programmbildung und (oder) richterrechtliche Rechtsfortbildung des Arbeitskampfrechtes zu suchen ist. Die schweizerische Wirtschafts- und Arbeitsverfassung weist schon heute genügend Anknüpfungspunkte auf, um das Leitbild für eine künftige Arbeitskampfordnung und insbesondere für die rechtliche Privilegierung des gewerkschaftlichen Arbeitskampfes zu umreissen.

Die in der schweizerischen Rechtsordnung aufgefundene wirtschaftsrechtliche Arbeitskampfkonzeption soll nun im Folgenden am Massstab des internationalen Rechts geprüft werden. Teilt die internationale Entwicklung im Arbeitskampfrecht, insbesondere die ESCH (und die ihr zugrundeliegenden Rechtsordnungen wie zum Beispiel die deutsche)[145] die enge rechtliche Beziehung von Kollektivrecht und Kampfmitteln? Finden die schweizerischen Wertungen des Wirtschaftsrechts für eine neue Arbeitskampfkonzeption in der ESCH einen zusätzlichen Rückhalt oder Desavouierung? Vermag die internationale Rechtsentwicklung zur Schaffung eines funktionsfähigen Streikrechts beizutragen und die oben noch sehr vage umschriebenen Kampfregeln zu konkretisieren? Gerade die Frage der Justiziabilität eines Streikrechts wird hiervon entscheidend abhängen.

145) Die deutsche Rechtsprechung im Gebiet des Arbeitskampfrechts hat deshalb besonderes Gewicht für den Vergleich mit dem schweizerischen Recht, da sie den Streik als notwendige Funktionsbedingung der Tarifautonomie behandelt und entsprechend konkretisiert.
So schon BAG 1, 291 (308) und erstmals *Nipperdey* in Arbeitsrecht, II, 6. A., 631 ff.; diesem Verständnis ist bis heute die überwiegende Meinung in der deutschen Literatur gefolgt; vgl. *Säcker*, Grundprobleme, 81 f.; *Brox/Ruthers*, Arbeitskampfrecht, 44 und weitere Angaben bei *Seiter*, Streikrecht, 483, N 5

4. Die Gewährleistung des Streikrechts im internationalen Konventionsrecht insbesondere in der Europäischen Sozialcharta

4.1. Die Garantie eines Streikrechts in den Konventionen der UN

4.1.1. Der internationale Pakt der UN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. 2. 1966[1)]

Nach Art. 2 Abs. 1 dieses Paktes verpflichtet sich jeder Vertragsstaat „.... Schritte zu unternehmen, um in steigendem Masse die volle Verwirklichung dieser Rechte, die in diesem Pakte anerkannt werden, sowohl durch gesetzgeberische als auch durch andere Massnahmen zu erreichen". Es werden also nur Ziele aufgestellt, die schrittweise erreicht und nicht im Wege einer unmittelbar verpflichtenden Rechtsnorm erreicht werden sollen.
Die in diesem Pakt garantierten Rechte zielen also prinzipiell nicht auf unmittelbare Anspruchsbegründung der Einzelnen. Der grundsätzlich programmatische Charakter dieser Bestimmungen macht aber die Prüfung nicht überflüssig,[2)] ob alle im Pakt enthaltenen Rechte als „promotional obligations" der Staaten zu verstehen sind, oder ob nicht auch einzelne Bestimmungen unmittelbar Ansprüche für den einzelnen Bürger begründen. Bestimmungen, wie das Recht auf Arbeit in Art. 6, das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen in Art. 7 und z.B. das in Art. 9 enthaltene Recht auf soziale Sicherung vermögen sicherlich nicht Rechtsinhalte zu umschreiben, die einer direkten Anwendung durch die innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgane zugänglich wären.

1) *Berber*, Dokumentensammlung I, 943 ff.; *Zacher*, Internationales Sozialrecht, 51 und *Hernekamp*, Arbeitskampf, 27; zur ausführlicheren Besprechung dieses Paktes vgl. *Khol*, Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft, 1968 und *Zuleeg*, Der internationale Pakt, 321 ff.; die Schweiz hat bis heute diesen Pakt nicht ratifiziert.

2) In der Lehre ist heute unbestritten, dass die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht für ganze Verträge bejaht oder verneint werden kann; vgl. *Müller*, Die Anwendung, 383 und weitere Hinweise Fn 21

Dagegen muss m.E. die Konkretisierbarkeit und damit die Justiziabilität[3] der in Art. 8 Abs. 1 lit. a-d enthaltenen Koalitionsfreiheit und Streikrecht bejaht, die unmittelbare Anwendbarkeit ausnahmsweise befürwortet werden.[4] An diesem Ergebnis ist auch dann festzuhalten, wenn neben dem Kriterium der Justiziabilität auch der Gesamtcharakter dieser Konvention[5] berücksichtigt wird; dieser internationale Pakt setzt sich nämlich ausdrücklich die volle Verwirklichung der Rechte Einzelner zum Ziel. Die Verwirklichung dieser Rechte ist nicht den Verfahren auf internationaler Ebene vorbehalten, sondern den Mitgliedstaaten individuell unter Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten, wozu auch die Einschaltung der Verwaltungsbehörden und Gerichte gehört, aufgegeben.[6] Für die unmittelbare Begründung von Ansprüchen spricht zudem die Tatsache, dass nach dem Wortlaut allein die Ausübung dem Vorbehalt der innerstaatlichen Gesetzgebung untersteht.[7]

Der Art. 8 Abs. 1 lit. a-d des internationalen Paktes weist nun folgenden Inhalt auf:

In Abs. 1 lit. a ist zunächst das Recht eines jeden, zur Förderung und zum Schutze seiner wirtschaftlichen und sozialen Interessen Gewerkschaften zu bilden, enthalten. Die Rechte der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder, Verbände zu gründen und sich frei darin zu betätigen, sind in lit. c und lit. b gewährt. Art. 8 Abs. 1 lit. d schliesslich

3) Bei der Frage, ob eine Vertragsbestimmung self-executing-Charakter aufweist, ist dem Kriterium der Justiziabilität einer Bestimmung (Klarheit und Bestimmtheit) besondere Beachtung zu schenken, wenn es auch nicht allein entscheidend sein kann; vgl. *Müller*, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 228 f.; zum besonderen Gewicht des Kriteriums der Justizibialität *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit, 31 ff. und Bleckmann, Begriff, 38 ff.

4) So *Khol*, Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft, Wien 1968, 13; *Zuleeg*, Der internationale Pakt, 324, 329 und bezogen auf den ganzen Art. 8 auch *Muller*, Soziale Grundrechte, 952; a.A., *Sproedt*, Koalitionsfreiheit, 48

5) Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat in einem Urteil v. 12. 12. 1972 (Recueil 1972, 1228 f.) bei der Interpretation des GATT-Abkommens – im Unterschied zur Auslegung des EWG-Vertrages – darauf abgestellt, dass der Vertrag nach seinem Gesamtcharakter eher auf die Verwirklichung durch diplomatische als gerichtliche Verfahren angelegt sei.

6) *Zuleeg* a.a.O., 324

7) Die internationale Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Vertragspflichten ist hier nur schwach ausgeprägt, vgl. *Zuleeg*, a.a.O. 323 f.

gewährt das Streikrecht: „The States Parties to the present Convenant undertake to ensure... d) the right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country". Art. 8 Abs. 2 nennt die besonderen Schranken von Koalitionsfreiheit und Streikrecht: Die Ausübung darf solchen Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich notwendig sind und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind.[8)]

4.1.2. Die Abkommen 87 und 98 der International Labour Organization (ILO)

In der ILO, einer Sonderinstitution der UNO, fanden die Bestrebungen, das nationale Arbeits- und Sozialrecht auf internationaler Ebene zu ordnen, ihren unmittelbarsten Ausdruck.[9)]
Das Übereinkommen 87 vom 9. 7. 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts wurde als eines der grundlegenden Instrumente der ILO an ihrer 31. Tagung im Jahre 1948 angenommen.[10)] In Art. 2 wird das Vereinigungsrecht geregelt und in Art. 3 den Organisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht eingeräumt, ihre Statuten selbst zu bestimmen und ihre Geschäftsführung und Tätigkeit selber zu regeln. Diese Rechte dürfen nach Art. 10 durch die Gesetzgebung nicht geschmälert werden.

8) Vgl. auch Art. 22 Abs. 2 des zweiten internationalen Paktes der UN von 1966 über die staatsbürgerlichen und politischen Rechte

9) Einen kurzen Überblick über Zielsetzung und Vertragswerk der ILO gibt *Müller*, Soziale Grundrechte, 952 ff. und ders., Die Schweiz und die Menschenrechtskonventionen der UNO und ihrer Spezialorganisationen, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern 1975, 357 ff.; zum Text des Abkommens *Berber* (Fn 1) und *Hernekamp*, Arbeitskampf, 27 f.

10) Vgl. Bericht des Bundesrates vom 5. 1. 1950 und Botschaft des BRs über zwei Abkommen der ILO vom 8. 5. 1974 (Abkommen 87 und 136)

Im Hinblick auf eine mögliche Ratifikation[11] dieses Abkommens durch die Schweiz war die Frage von Bedeutung, ob Art. 3 des Abkommens 87 auch das Streikrecht berührt und ob das in der Schweiz geltende Streikverbot für Beamte mit diesem Abkommen vereinbar sei. Im Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte und die „Rechtsprechung" des zur Kontrolle befugten Sachverständigenausschusses wurde in der bundesrätlichen Botschaft das Beamtenstreikverbot als mit diesem Abkommen vereinbar angesehen.[12] Auch wenn nun gerade in der Rechtsprechung des Sachverständigenausschusses deutlich wird, dass das Prinzip der Vereinigungsfreiheit nicht notwendig auch das Streikrecht für Beamte beinhalten müsse,[13] so wird doch klar, dass entgegen der Interpretation des Abkommens durch den Bundesrat das Streikrecht als von den Abkommen der ILO geschützt angesehen wird.[14] Dabei hat der Ausschuss verschiedene, teilweise schon heute in der Schweiz bestehende Einschränkungen des Streikrechts ausdrücklich zugelassen.[15]

Obwohl der Text des Abkommens 87 bestimmte Arbeitskampfmassnahmen nicht erwähnt, haben die Organe der ILO aus Art. 2 und 10 dieses Abkommens den Schluss gezogen, dass der Streik als eine Massnahme der Gewerkschaften zum Schutze der Interessen der Arbeitnehmer von dem Abkommen gewährleistet sei. Es war insbesondere die Kommission für Vereinigungsfreiheit, die seit 1951 in vielen Verfahren diese Auffassung vertrat. Die hinsichtlich des Streikrechts geübte Praxis hat 1968 in einem aufgrund von Art. 26 der Satzung der ILO gegen Griechenland eingeleiteten Verfahren wesentliche Bestä-

11) Dieses Abkommen ist nun von der Schweiz ratifiziert: vgl. AS 1976, I, 687 ff.
12) Botschaft vom 8. 5. 1974, 18 ff.
13) Vgl. *Recueil* de décisions du Comité de la liberté syndicale du conseil d'administration, Genf, 99 ff. (100, 107), vor allem Hinweis auf 6. rapport cas N 55 § 919
14) Vgl. Gesamtbericht 1973 betreffend das Abkommen 87 und 98 zitiert in Botschaft S. 20 und *Recueil* de décisions, 99 ff.
15) So Einigungs- und Schiedsverfahren, Bedenkzeit während der Ankündigungsfrist eines Streiks oder während eines GAV
16) Zur Praxis dieser Kommission vgl. zusammenfassend *Frowein*, Gewährleistung der Aussperrung, 6 f. mit weiteren Hinweisen Fn 1

tigung gefunden.[17] Die vom Verwaltungsrat der ILO gemäss Art. 26 Abs. 4 der Satzung eingesetzte Kommission gelangte zur Ansicht, dass ein absolutes Verbot von Streiks eine ernste Beschränkung des in Art. 10 der Konvention gewährleisteten Rechts der Arbeitnehmerorganisationen wäre, die Interessen ihrer Mitglieder zu fördern und zu verteidigen. Ein solches Verbot könnte deshalb gegen Art. 8 Abs. 2 der Konvention verstossen.[18]
Entsprechend dieser Argumentation kann aber auch die Aussperrung als grundsätzlich von der Konvention gewährleistet angesehen werden.[19] Ein Anhaltspunkt für die Auffassung einer Gewährleistung von Streik und Aussperrung kann in der Empfehlung N 92 v. 6. 6. 1951 gesehen werden, in welches es unter I N 4 heisst:

> „If a dispute has been submitted to conciliation procedure with the consent of all the parties concerned, the latter should be encouraged to abstain from strikes and lockouts while conciliation is in progress".

Im Gegensatz zum Streik kann aber für die Massnahme der Aussperrung keine eindeutige Grundlage in der Praxis der ILO-Organe aufgefunden werden.[20]

Das ILO-Abkommen N 98 „über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts zu Kollektivverhandlungen" vom 1. 7. 1949 bedarf ebenfalls näherer Betrachtung: Nach Art. 4 sind die ratifizierenden Staaten verpflichtet „den Landesverhältnissen angepasste Massnahmen zu treffen, um in weitestem Umfange Entwicklung und Anwendung von Verfahren zu fördern, durch die Arbeitgeber einerseits oder Organisationen der Arbeitnehmer andererseits

17) Vgl. International Labour Office Official Bulletin, Vol. 54 N 2, 1971, Special Supplement (zit. nach *Frowein* a.a.O., 7)
18) Im konkreten Fall konnten aber keine Verletzungen dieses Rechts durch Griechenland festgestellt werden.
19) So *Frowein*, Gewährleistung und Aussperrung, 8; keine Aussage enthält aber *Valticos*, Droit international du travail, in: Traité du droit de travail, Hrsg. *Camerlynck*, Bd. 8, 1970, 267
20) Denn nach Art. 7 dieser Empfehlung darf keine Bestimmung derselben so interpretiert werden, dass sie das Streikrecht beschränkt.

freiwillig über den Abschluss von GAV zur Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen verhandeln können"[21] Obwohl gemäss den Materialien auch die Literatur mehrheitlich eine Gewährleistung des Streikrechts durch dieses Abkommen ablehnt,[22] kann doch nicht über die konstante gegenteilige Rechtsprechung des „Comité de la liberté syndicale" hinweggegangen werden.[23] Als besonders wichtig ist auch festzuhalten, dass hier der GAV als Ziel staatlicher Verfahrensregelungen ausdrücklich Erwähnung findet und sich das Comité ausdrücklich für Fragen des Streikrechts insoweit für zuständig erklärt hat, als die Ausübung gewerkschaftlicher Rechte in Frage steht.[24]

Dem Schutz der in den ILO-Abkommen gewährten Rechte der Gewerkschaften, z.B. der Organisationsfreiheit, des Rechts auf kollektive Verhandlungen, des Streiks usw., dient als besonderes quasi-gerichtliches Verfahren zur Kontrolle der Einhaltung der Abkommen das sog. „Berichtsverfahren", das hier aber nicht näher dargestellt werden soll.[26] Das Kontrollverfahren der ESCH ist diesem System nachgebildet.

21) Vgl. auch die weitgehend entsprechende Regelung in Art. 6 N 2 ESCH
22) So auch *Burckhardt*, Streikrecht und internationale Verpflichtungen, 18 ff., 20; *Schambeck*, Grundrechte und Sozialordnung, 66; *Tomandl*, Streik und Aussperrung, 94 und *Sproedt* a.a.O., 88; gerade letzterer überzeugt nicht, da oben die gegenteilige Rechtsprechung des Sachverständigenausschusses angeführt wird.
23) Vgl. *Recueil* des décisions du comité de la liberté syndicale, 99: „Le droit de grève est généralement reconnu aux travailleurs et a leurs organisatons en tant que moyen légitime de défense de leurs intérêts professionels". (Zu den Schranken des Streikrechts vgl. ebd. 100 ff.)
24) Ebd. 99: „Le comité a consideré que les allégations concernants le droit de grève n'échappent à sa compétence dans la mesure où elles mettent en cause l'exercice des droits syndicaux".
25) So auch ausdrücklich *Müller*, Soziale Grundrechte, 959
26) Hierzu *Müller*, Soziale Grundrechte, 956 ff. und ders., Die Schweiz und die Menschenrechtskonventionen der UNO und ihrer Spezialorganisationen (Fn 9), 357 ff.; *Müller* betrachtet dieses Verfahren als äusserst wirksam.

4.2. Die Europäische Sozialcharta vom 18. 10. 1961: Zielsetzung und Aufbau

4.2.1. Zielsetzung

Die Europäische Sozialcharta,[27] neben der EMRK das bedeutendste Vertragswerk des Europarats, wurde als „sozialstaatliches" Pendant zur europäischen Menschenrechtskonvention konzipiert;[28] sie bildet „Gegenstück" und „Ergänzung" der EMRK.[29] Schon bei der Ausarbeitung der EMRK war man entschlossen, eine Konvention über die wichtigsten sozialen und wirtschaftlichen Rechte des Bürgers aufzustellen. Die sich lange hinziehenden Vorbereitungsarbeiten beweisen, welche Schwierigkeiten durch die relative Neuheit der angestrebten Garantien und durch die vorhandenen Unterschiede zwischen den wirtschaftlichen und sozialen Strukturen der einzelnen Staaten zu überwinden waren.[30]

Gemäss ihrer Präambel verfolgt die ESCH in der „Förderung des sozialen und wirtschaftlichen Fortschritts, zwischen den europäischen Ländern" eine wesentliche Zielsetzung des Europarates.[31] Der Kontrollmechanismus der ESCH muss sich dieser besonderen Zielsetzung entsprechend von dem der EMRK unterscheiden. Dies folgt daraus, dass im Gegensatz zur EMRK in der ESCH mehrheitlich programmatische sozialpolitische Grundsätze angesprochen sind.[32]

27) Auch die Schweiz hat am 28. 4. 1976 die ESCH unterzeichnet, wenn auch noch nicht ratifiziert.

28) Vgl. *Wiebringhaus*, Charte Sociale Européene, in annuaire francais de droit internationale, IX, 709 ff. und ders., Die Europäische Sozialcharta, 7 ff.: *Müller*, Die Schweiz und die ESCH, 389; die Präambel der ESCH stellt den Bezug zur EMRK ausdrücklich her. Vgl. auch *Zanetti*, Colloque, 88 und *Wiese*, Die ESCH, 352

29) *Müller*, a.a.O., 389, *Wiebringhaus*, 7; vgl. Beschluss des Ministerkomitees v. 20. 5. 1954; *Ramm*, Der nichtgewerkschaftliche Streik, 70, 71 f.

30) *Wiebringhaus*, Die Europäische Sozialcharta, 7 f.

31) In der Präambel der ESCH sind vor allem drei Faktoren von Bedeutung, die auch für die Auslegung der einzelnen Chartabestimmungen nicht unbeachtet bleiben dürfen:
- die Verwirklichung des sozialen Fortschritts als wesentliches Ziel der ESCH
- der Beitrag entsprechender Massnahmen zur Europäischen Einheit
- die menschenrechtliche Grundtendenz des Vertragswerks als Ergänzung der EMRK

32) *Muller*, sieht die in der ESCH enthaltenen Grundsätze als deklaratorische Zielbestimmungen an, a.a.O. (Fn 28), 390; auf den Kontrollmechanismus ist unten genauer einzugehen.

Die Gedankenwelt der in der ESCH entworfenen Grundrechte erfährt nun aber nicht nur im engen, materiellen Zusammenhang zur EMRK insbesondere zu der in Art. 11 garantierten Koalitionsfreiheit nähere Bestimmung, sondern gewinnt besonders auch inhaltlich an Gestalt, wenn man den engen Zusammenhang von ESCH und den im Rahmen der ILO abgeschlossenen internationalen Konventionen bedenkt.[33]
So hat die ILO schon bei der Entstehung der ESCH an der „Conférence tripartite" des Jahres 1958 in Strassburg an der Ausarbeitung der ESCH mitgewirkt.[34] Die Normen der ESCH knüpfen materiell sehr eng an die von der ILO aufgestellten Konventionen an. Im Bereich der Vereinigungsfreiheit und des Rechts auf kollektive Verhandlungen sind nicht nur die Abkommen 87 und 98 zu erwähnen, auch verschiedene Empfehlungen beschlagen direkt diesen Bereich z.B. die Empfehlungen 94 der ILO betreffend „consultation paritaire".[35]
Der Vergleich der Bestimmungen der ESCH mit den sozialen Anliegen der ILO kann nicht ohne Auswirkung auf die Interpretation der Chartabestimmungen selbst bleiben.[36]

4.2.2. Zum Aufbau der ESCH

Angesicht der umfangreichen Literatur können hier die Ausführungen kurz gehalten werden.[37]

Im ersten Teil der ESCH werden in programmatischer Weise 19 Grundsätze festgehalten, welche Richtlinien der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten werden sollen. In Teil II werden die eigentlichen Verpflich-

33) Vgl. besonders *Wiese*, Die Europäische Sozialcharta, 351 f.; siehe auch *Schambeck*, Grundrechte und Sozialordnung, 64 f.
34) *Wiebringhaus*, Europäische Sozialcharta, 9; *Marmier*, Le droit de négociation, 36 ff., 50
35) Hierzu ausführlich *Marmier* ebd., 50 f., 70 f. und a.a.O.
36) So *Bleckmann*, Interprétation, 388 ff. (401 f.); *Marmier* a.a.O., 50 f. und *Zanetti*, Conclusions IV, 121 ff.
37) Vgl. ausführlicher *Wiebringhaus*, Europäische Sozialcharta, 11 ff. und ders., Charte Sociale, 709, f.; *Müller*, Soziale Grundrechte, 959 ff. und ders., Die Schweiz und die Europäische Sozialcharta, 389 ff.; ausführlichere weitere Angaben bei *Bleckmann* a.a.O. (Fn 36)

tungen, welche zur Verwirklichung der im ersten Teil genannten Ziele beitragen sollen, in vorbildlicher und zum Teil recht prägnanter Weise aufgeführt. Damit soll die „wirksame Ausübung" dieser Rechte gewährleistet werden.[38]

Der dritte Teil legt nun die sich für jeden Vertragsstaat aus der ESCH ergebenden Verpflichtungen fest (Art. 20). Der bedeutsame Gehalt dieses Teils der Charta besteht darin, dass eine nur teilweise Annahme der Bestimmungen der Sozialcharta ermöglicht wird.[39] Der historische Grund lag darin, dass bei dem unterschiedlichen Wirtschafts- und Sozialniveau der einzelnen Länder nicht erwartet werden konnte, dass die Staaten die Sozialcharta in ihrer Gesamtheit akzeptieren könnten.[40]
In Teil IV der ESCH ist schliesslich das Kontrollverfahren zusammengefasst. Das Sicherungsverfahren ist dabei dem Berichtsverfahren der ILO nachgebildet. Alle zwei Jahre sollen die Mitgliedsstaaten dem Europarat einen Bericht vorlegen, aus dem die innerstaatliche Anwendung dieser Bestimmungen zu ersehen ist (Art. 21) und die Vereinbarkeit mit der ESCH kontrolliert werden kann. Diese Berichte werden von einem unabhängigen Expertenausschuss (Art. 24) geprüft. Das Prüfungsergebnis wird in Form von „Conclusions" zwei weiteren internationalen Instanzen vorgelegt: Einmal nach Art. 27 dem Regierungsausschuss (zusammengesetzt aus Vertretern der Vertragsstaaten und teilnehmenden Sozialpartnern) und nach Art. 28 der Beratenden Versammlung als parlamentarischem Organ des Europarates. Letzte Instanz in diesem Kontrollverfahren ist das Ministerkomitee des Europarates, dem die Konklusionen des Expertenausschusses, die Berichte des Regierungssozialausschusses und die Stellungnahmen der

38) Zur Garantie der wirksamen Ausübung des Rechts auf Arbeit werden z.B. die folgenden Massnahmen vorgesehen: Politik der Vollbeschäftigung, Freiheit der Arbeit und Diskriminierungsverbot im Hinblick auf den Zugang zum Arbeitsmarkt, unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste, Berufsberatung und Förderung der Berufsbildung.
39) Jede Vertragspartei verpflichtet sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. b zumindest fünf von sieben Artikeln des Teils II als für sich verbindlich zu erachten (den sog. harten Kern).
40) *Wiebringhaus* a.a.O., 15; *Wiese*, Die Europäische Sozialcharta, 335: Damit wird die Möglichkeit eröffnet, dass ein Staat seine Verpflichtungen auf den Mindeststandard beschränkt und allmählich den Standard als voll verbindlich für sich übernimmt (Art. 20 Abs. 3).

Beratenden Versammlung alle zwei Jahre vorzulegen sind. Das Ministerkomitee hat nach Art. 29 die Möglichkeit bei Nichteinhaltung der ESCH die notwendigen Empfehlungen an die Vertragsstaaten zu richten.

Die ESCH, der internationale Pakt der UN und die Abkommen der ILO sehen also Rechtsschutzsysteme vor, die in ihrer Konzeption schwächer angelegt sind als die der EMRK, denn sie sehen keine besonderen Institutionen wie die Menschenrechtskommission und den EuGHfMR vor, welche die effektive Beachtung der vertraglichen Vereinbarungen durch die Vertragsstaaten überwachen. Gerade eine Individualbeschwerde ist von der ESCH im Gegensatz zur EMRK nicht vorgesehen. Dennoch kann die ESCH schon heute als wirksamer Schritt auf dem Weg zur Verwirklichung eines internationalen europäischen Sozialrechts angesehen werden.[41)]
Im Teil V der ESCH (Art. 30-38) sind die Art. 31-33 von besonderer Bedeutung. So sind nach Art. 31 innerstaatliche Einschränkungen nur unter gewissen Voraussetzungen, z.B. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, der Volksgesundheit und der guten Sitten[42)] möglich. Nach Art. 32 lässt die ESCH solche innerstaatlichen Bestimmungen unberührt, „die den geschützten Personen eine günstigere Behandlung einräumen". Schliesslich hält der Anhang, welcher von der Literatur mehrheitlich für „die innerstaatliche Unanwendbarkeit" der ESCH in Anspruch genommen wird,[43)] fest: „Es besteht Einverständnis darüber, dass die Charta rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters enthält, deren Durchführung ausschliesslich der in ihrem Teil IV vorgesehenen Überwachung unterliegt".

41) *Wiebringhaus*, Europäische Sozialcharta, 36 ff. nennt verschiedene Beispiele für Fortschritte in der praktischen Anwendung der ESCH z.B. bei der Familienzusammenführung von Gastarbeiterfamilien in der BRD.
42) Diese Einschränkungen entsprechen im Prinzip denjenigen der EMRK in Art. 11 Abs. 2
43) Siehe Anhang zur ESCH Teil III; im Sinne der Auffassung als reine Staatenverpflichtung: *W. Wengler*, Die Unanwendbarkeit der ESCH im Staat, 10 ff. und hierzu s.u. S. 138 ff.

4.2.3. „Le Droit de Négociation Collective" in Art. 6 ESCH und das hierzu dienende Streikrecht nach Abs. 4

In Art. 5 ist zunächst das Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gewährleistet, unbeeinträchtigt vom Staate zum Schutze ihrer wirtschaftlichen Interessen Organisationen beizutreten. In engem systematischem Zusammenhang[44] hierzu steht das in Art. 6 ESCH enthaltene „Recht auf kollektive Verhandlungen". Zur wirksamen Ausübung dieses Rechts verpflichten sich die Vertragsparteien zunächst einmal in Abs. 1 „gemeinsame Beratungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu fördern". Nach Auffassung des Expertenausschusses der ESCH soll der Staat paritätische Konsultationsmechanismen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern fördern.[45] Die schweizerische Rechtssituation stimmt nach *Marmier*[46] und *Cottier* eindeutig schon heute mit dem von der ESCH geforderten Standard überein.

Nach Abs. 2 von Art. 6 ESCH kommt dem Staate die Aufgabe zu, Verfahren für freiwillige Verhandlungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen zu fördern, soweit dies notwendig und zweckmässig ist, mit dem Ziel die Beschäftigungsgrundlagen durch GAV zu regeln. Nach Ansicht des Expertenausschusses[47] ist mit dieser Bestimmung nicht nur die Anerkennung kollektivvertraglicher Regelungen in der staatlichen Gesetzgebung verdeutlicht, sondern positiv auf die Aufgabe des Staates verwiesen, die Eröffnung und den Abschluss von kollektivvertraglichen Verhandlungen tatkräftig zu unterstützen, „si leur état de développement spontané n'est pas suffisant". Wie schon die Ausführungen zur schweizerischen Arbeitsverfassung zeigten, können auch hier im Einklang mit der h.L.[48] keine Divergenzen zwischen dem Anspruch der ESCH und der Rechtslage in der Schweiz festgestellt werden.

44) *Wiebringhaus*, Charte Sociale, 714 und *Bleckmann* Interprétation, 388 ff.; Art. 6 ESCH gehört, wie z.B. *Schambeck*, Grundrechte, 65 betont, zu den zentralen Grundrechten der ESCH.
45) Conclusions I, 34 und Conclusions IV, 43
46) *Marmier*, Le droit de négociation, 48 ff., 52 f. und *Cottier*, Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen, 150 f.
47) Conclusions I, 36 f.
48) So *Marmier*, Droit de négociation, 69 ff., 94 ff., ebenso *Cottier* ebd 151

In engem Zusammenhang statuiert die ESCH in Abs. 3 die staatliche Aufgabe, die Einrichtung und die Benutzung geeigneter Vermittlungs- und freiwilliger Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu fördern. In Auslegung dieser Bestimmung vertrat der Expertenausschuss die Auffassung,[49] dass ein Staat dann von der Regelung besonderer Schlichtungsverfahren absehen könnte, wenn schon auf der Basis der Gesamtarbeitsverträge genügend wirksame Schlichtungsmöglichkeiten bestünden. Wie unten noch genauer auszuführen sein wird, stimmt auch hier grundsätzlich die schweizerische Rechtslage mit der Charta überein.[50]

Abs. 4 enthält schliesslich die erste ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts im internationalen Arbeitsrecht. In einer der für die Auslegung der ESCH verbindlichen Sprache (franz. oder engl.) lautet Art. 6 N 4:

> „En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties contractantes s'engagent:...1) 2) 3) et reconnaissent 4) le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas des conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations que pourraient resulter des conventions collectives en vigueur".

Nach dem Annex der ESCH, welcher Bestandteil des Vertrages selbst bildet (Art. 38), wird im Hinblick auf Art. 6 N 4 zur Möglichkeit der Beschränkung des Streikrechts ausgeführt:

> „Il est entendu, que chaque Partie contractante peut, en ce qui la concerne, réglementer l'exercice de droit de grève par la loi, pourvu que toute autre restriction eventuelle en ce droit puisse être justifié aux termes de l'article 31 ".

Die Voraussetzungen der Schrankensetzung werden also in Art. 31 festgehalten: (Abs. 1)

> „Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en oeuvre, et l'exercice de ces droits et principes, tel qu'il est prévu

49) Conclusions I, 38
50) *Marmier*, 98 ff., 118 f.

dans la Partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non specifiées dans les parties I et II, a l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes moeurs".

4.3. Die Problematik der innerstaatlichen Anwendbarkeit von Art. 6 N 4 ESCH

4.3.1. Der grundsätzlich fehlende „self- executing" Charakter der Bestimmungen der ESCH

Im Hinblick auf die innerstaatliche Realisierung von Völkerrechtsnormen ist zwischen der Frage nach der Geltung und der nach den Adressaten der Völkerrechtsnormen zu scheiden.[51)]
Das gesamte Staatsvertragsrecht gilt in der Schweiz unmittelbar, d.h. transformationslos auch als Landesrecht. Als solches geht es zumindest dem kantonalen Recht, den Bundesverordnungen und zeitlich früheren Bundesgesetzen vor.[52)] Ob nun aber aus einem Staatsvertrag für die Einzelpersonen unmittelbar Rechte und Pflichten begründet werden, der Vertrag sich also unmittelbar an die rechtsanwendenden Behörden (Gerichte und Verwaltungsstellen) richtet, oder ob nur der Gesetzgeber verpflichtet wird, lässt sich nicht aus der beantworteten Frage nach der unmittelbaren landesrechtlichen Wirkung ableiten.[53)]
Als „self-executing" wird nun ein Vertrag oder eine einzelne Bestimmung[54)] dann angesehen, wenn Rechtsregeln zugunsten oder zulasten der Einzelperson aufgestellt sind; diese können dann selbst die Grund-

51) Vgl. *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, 119 f.; ebenso *Müller*, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 224

52) Zum neuesten Stand der Diskussion, ob ein Staatsvertrag auch späteren Bundesgesetzen vorgeht vgl. *Wildhaber*, in SJIR 30, 1974, 198; ebenso jüngst auch *Müller*, a.a.O., 224 f. und ders., Die Anwendung 377 f.

53) *Müller*, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 227 f.

54) Die h.L. geht davon aus, dass die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit auch für jede einzelne Vertragsbestimmung untersucht werden muss, vgl. *Müller*, Die Anwendung, 383; so auch *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, in ZaöffRVR, 1975, 341 ff.

lage von Entscheidungen innerstaatlicher Rechtsanwendungsorgane bilden.[55] Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsvertragsnormen muss nun vom innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgan in jedem einzelnen Fall entschieden werden, stellt sich damit als Auslegungsproblem dar. Zur Bestimmung unmittelbar anwendbarer Vertragsvorschriften könnte nun auf den Willen der Vertragspartner, wie auf den Vertragstext, als massgebliche Auslegungskriterien abgestellt werden.

Nach heute überwiegender Auffassung in der Literatur und Praxis[56] wird neben oder anstelle des Parteiwillens zunehmend der Vertragstext als massgebliches Kriterium bezeichnet. Die unmittelbare Anwendbarkeit hängt davon ab, ob der einzelne Rechtssatz eines Staatsvertrages nach seinem Inhalt, genauer, seiner hinlänglichen Bestimmtheit, eine tatbestandsmässige Subsumtion zulässt.
Die Vertragsbestimmung muss also genügend inhaltlich bestimmt, d.h. justiziabel sein, um direkt auf einen konkreten Fall angewendet werden zu können.[57] Sie bedarf keiner konkretisierenden Ausführungsgesetzgebung.

Das Kriterium der Justiziabilität stellt die Frage, ob dem Richter ein genügend klares und bestimmtes Gebot oder Verbot zur Verfügung steht, um den ihm vorgelegten Rechtsstreit zu schlichten. Staatsvertragliche Bestimmungen, welche nur ein Programm umschreiben oder

55) *Koller* a.a.O., 81 (Fn 51)

56) *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit, 84 ff., 98 f., 102 ff. mit weiteren Nachweisen; vgl. *Fleischhauer*, Die Wiener Vertragsrechtskonferenz, JIR 1971, 202 ff. und ihm folgend auch *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 32 f.; vgl. so auch BGE 90 I 47

57) Auf den Bestimmtheitsgrundsatz als Kriterium der Justiziabilität stellt heute die überwiegende Meinung der deutschen und schweizerischen Lehre ab: *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit, 31 ff. und 100; *Müller*, Die Anwendung, 383 und ders., Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 228 mit weiteren Hinweisen Fn 20 und 22. *Müller*, Völkerrecht, ebd. hebt aber immerhin hervor, dass die Frage der Justiziabilität zwar im Vordergrund stehe, aber nicht allein entscheidend sein könne, denn es müsse entsprechend der Rechtsprechung des EuGH (vgl. s.o. Fn 5) auch der Gesamtcharakter des Abkommens mitgewürdigt werden. Zur hervorragenden Geltung des Justiziabilitätskriteriums auch in der deutschen Lehre, *Bleckmann*, Begriff, 38 ff. und besonders 308 ff. und *Zuleeg* a.a.O. (Fn 54), 353, 357

Richtlinien für die Gesetzgebung der Staaten aufstellen,[58] können dieser Bedingung nicht genügen. Auch schon ein beträchtlicher Ermessensspielraum[59] für den Staat müsste die Justiziabilität ausschliessen.

Wenn nun in den verschiedenen Artikeln des Teils II der ESCH durchgängig von der Verpflichtung der Vertragsstaaten gesprochen wird, „die wirksame Ausübung der in Teil I aufgeführten Rechte zu gewährleisten", so ist damit schon der fehlende self-executing-Charakter der in der ESCH aufgeführten Bestimmungen dargetan.[60] Ebenso bestimmt auch der Anhang der Sozialcharta zum Teil III deutlich, dass die Charta nur rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters enthält.[61]
Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die ESCH im wesentlichen nur Direktiven zur rechtlichen Gestaltung bestimmter sozialpolitischer Sachverhalte an den Gesetzgeber enthält, welche ohne gesetzgeberische Konkretisierung überhaupt nicht anwendungsfähig wären. Die Auffassung wird auch in der Lehre überwiegend geteilt.[62]

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob innerhalb der ESCH sich wenigsten Art. 6 N 4 bzw. Art. 18 N 4 als „self-executing"-Bestimmungen ansehen lassen, oder ob, wie ein Teil der Lehre behauptet,[63] die gesamte Charta ohne Ausnahme als reine Staatenverpflichtung aufzufassen ist.

58) Vgl. *Bleckmann*, Begriff, 315 und BGE 98 Ib 385; 100 Ib 230 f.
59) *Bleckmann* 309, 314; BGE 100 Ib 230 f.; vgl. auch *Müller*, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 228
60) *Müller*, Die Schweiz und die Sozialcharta, 389 ff., 390
61) Dieser Artikel lautet: „Il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle vise par la partie IV". Diese Bestimmung wird besonders auch von den Gegnern einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 6 N 4 angeführt, z.B. *Wengler*, Unanwendbarkeit, 10 ff.
62) *Wengler*, Unanwendbarkeit, 10 ff;. *Wiese*, ESCH, 333; *Zuleeg* a.a.O., 352; *Gitter*, Probleme des Arbeitskampfes, 127 ff. und *Sproedt*, Koalitionsfreiheit, 63 f.
63) Z.B. *Wengler*, 10 ff.; *Nipperdey/Säcker*, Arbeitsrecht II, 2, 1970, 922; *Lerche*, Zentralfragen, 83 und jüngst *Seiter*, Streikrecht, 130 ff.

4.3.2. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 6 N 4 im innerstaatlichen Recht

Die Lehre, welche die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 6 N 4 überwiegend en bloc ablehnt, stützt sich im wesentlichen auf drei Argumente:

Zunächst einmal auf den Annex zum Teil III, nach dem die Charta rechtliche Verbindlichkeiten internationalen Charakters enthalte, deren Anwendung der *alleinigen* Kontrolle nach Teil IV unterliege; damit seien nicht nur andere internationale, sondern auch alle nationalen Kontrollen ausgeschlossen. Durch die Einführung einer strikten nationalen Kontrolle würden die internationalen Verpflichtungen, die international nur sehr flexibel kontrolliert werden, zu echten Rechtspflichten. Zudem enthielten die Einzelbestimmungen der ESCH im Gegensatz zu Art. 1 EMRK nicht eine unmittelbare Anerkennung von Rechten, sondern nur eine Verpflichtung zur Anerkennung von Rechten.

Das letztere Argument geht davon aus, dass bei der EMRK im Gegensatz zur ESCH der Wille der Vertragsparteien im Hinblick auf die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Diese Ansicht verkennt nun aber, dass es nach überwiegender schweizerischer Meinung[64] nicht auf den Willen der Vertragsparteien, sondern massgeblich[65] darauf ankommt, ob der Vertrag und die einzelnen Bestimmungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit objektiv ge-

64) Vgl. *Müller*, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, 228 und *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit, 94 ff. und 102 ff.; *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, Berlin, 1975, 386

65) *Müller*, Die Anwendung, 383

eignet, also vor allem hinreichend bestimmt sind.[66] Wie *Mitscherlich*[67] jüngst nachweist, liesse sich auch kein eindeutiger Wille der Vertragsparteien aus der Entstehungsgeschichte der ESCH entnehmen. Zur Beantwortung der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit muss vielmehr zunächst auf den Wortlaut des Vertragstextes abgestellt werden:

Art. 6 N 4 spricht ausdrücklich von der „Anerkennung" eines Rechts auf kollektive Massnahmen durch die Vertragsparteien. Nach dem Wortlaut kann damit nur vom grundsätzlichen Bestehen eines solchen Rechtes ausgegangen worden sein.[68] Dies wird einmal dadurch bestätigt, dass der Wortlaut deutlich von den anderen Formulierungen der ESCH („... verpflichten sich die Vertragsparteien") abweicht und selbst gerade der Formulierung von Art. 1 EMRK[69] folgt. Zum andern bestimmt auch der Anhang zu Teil II Art. 6 N 4, dass jede Vertragspartei für sich die *Ausübung* des Streikrechts durch Gesetz regeln könne, vorausgesetzt, dass jede weitere *Einschränkung* dieses Rechtes durch Art. 31 gerechtfertigt werden kann. Ebenfalls spricht Art. 31

66) Ob nun ein schweizerisches Gericht bei der Beurteilung des „self-executing"-Charakters einer Völkerrechtsnorm der herrschenden Lehre oder dem Kriterium des EuGH, welches auf das Gleichgewicht der Vertragslasten abstellt, folgen wird, ist schwer zu beurteilen. Die Haltung wird sicherlich davon abhängen, wie das Gericht den gegenwärtigen Entwicklungsstand der schweizerischen Sozialrechtsordnung als Grundlage und Rahmen für die Verwirklichung internationalen Rechts beurteilt und in welchem Masse das internationale Recht seine Normen „progressiv" weiterverdichtet. Schon heute darf nun aber festgestellt werden, dass die Kontrollorgane der ESCH ständig bemüht sind, Ungleichgewichte im Konkretisierungsgrad einzelner Bestimmungen der ESCH zu vermindern und hier schon beachtliche Erfolge errungen haben (vgl. *Wiebringhaus*, Europäische Sozialcharta, 22 ff.); überdies bedeuten Schwierigkeiten bei der Verwirklichung einzelner Bestimmungen der ESCH, die jeder bisher ratifizierende Staat hatte und auch von den Schöpfern der ESCH durchaus vorgesehen wurden, nicht, dass nicht andere Bestimmungen sofort im innerstaatlichen Recht verwirklicht werden können.

67) *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 49 ff., 55

68) Auf diesen Wortlaut stellen insbesondere die Befürworter einer „self-executing"-Wirkung von Art. 6 N 4 ab:
Däubler, Streik, 180; *Gitter*, Probleme des Arbeitskampfes, 136; *Ramm*, Anerkennung, 98; *Wiese*, Europäische Sozialcharta, 340; *Zuleeg* a.a.O., 359; *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 38 ff. und *Schambeck*, Grundrechte, 98

69) Art. 1 EMRK: „Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définies au Titre I de la présente Convention". Auf dieses Argument stellt vor allem *Wiese* ab (341).

von der in Teil II vorgesehenen wirksamen Ausübung der in Teil I niedergelegten Grundsätze. Auch z.B. die Anhangsbestimmung hat demnach nur einen Sinn, wenn man die unmittelbare innerstaatliche Verbindlichkeit befürwortet.[70]

Wird nun aber das Streikrecht als vorgegeben betrachtet, so lässt es sich durchaus vertreten, dass insoweit die Erläuterung zu Teil III im Anhang nicht zum Zuge kommt, der Anwendungsvorbehalt für den innerstaatlichen Bereich also ausnahmsweise entfällt. Art. 6 N 4 enthält keine Verpflichtung zur Anerkennung des Streikrechts, sondern die Anerkennung selbst.[71]

Auch die Tatsache, dass internationale Verpflichtungen auf Völkerrechtsebene in der Regel nur in sehr flexibler Weise durchgesetzt wer-

70) A.A. aber *Seiter*, Streikrecht, 132: *Seiter* geht von zwei Gruppen von durch den Gesetzgeber zu regelnden Fragen aus: Einmal organisatorische Fragen der Ausübung des Streikrechts, wie z.B. die Wirkungen auf die arbeitsvertragliche Rechtsstellung, zum andern Fragen der Einschränkung des Streikrechts im Interesse vorrangiger Rechtsgüter. Die Anhangsbestimmung stellt nach *Seiter* nun klar, dass der Gesetzgeber auch einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Organisation der Streikrechtsausübung haben müsse und dabei ebenfalls den Voraussetzungen des Art. 31 I unterliege.
Bedarf es nun aber gerade einer zusätzlichen Klarstellung des Anwendungsbereichs von Art. 6 N 4 durch den Anhang im Hinblick auf die organisatorische Regelung, wenn der Begriff Streikrecht schon deutlich das Modell einer zulässigen Arbeitsniederlegung ohne Kündigung in sich trägt? Obwohl der Expertenausschuss diese Lösung nicht für zwingend erklärt, bleibt für die innerstaatliche Ausgestaltung durch den Gesetzgeber doch nur geringer Raum. – Diese Auffassung teilt ausdrücklich auch *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 40 f, 42 Fn 116.
Für die obige Auslegung der Anhangsbestimmung haben sich *Däubler*, Streik, 180; *Ramm*, Anerkennung, 108 f. und *Wiese* a.a.O., 340 ausgesprochen.

71) So *Zuleeg* a.a.O. (Fn 54), 359 mit weiteren Hinweisen; *Söllner*, Arbeitsrecht, 78: Dieser will den Passus des Anhangs auf Teil III und nicht auf Teil II bezogen wissen. Der Passus sei so zu verstehen, dass, soweit die Charta völkerrechtliche Verpflichtungen enthalte, deren Erfüllung nicht von den innerstaatlichen Gerichten erzwungen werden kann. Ebenso *Bleckmann*, Interprétation, 406 und *Wiese*, Die Europäische Sozialcharta, 342; auch *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, (Fn 64) 386 (nur Ausschluss anderer internationaler Instanzen) und *Wiebringhaus*, Europäische Sozialcharta, 22. A. A. aber *Seiter*, Streikrecht, 134 und *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 43 ff. *Mitscherlich* hält damit aber die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 6 N 4 nicht für unvereinbar, denn unabhängig von ihrer innerstaatlichen Bedeutung enthalte jede Vorschrift der ESCH auch eine völkerrechtliche Verpflichtung in dem Sinne, dass sie verbiete, eine Vertragsbestimmung durch gegenteilige nationale Gesetzgebung zu verdrängen. - Für den Einleitungssatz zu Teil II gilt nach *Wiese* a.a.O. dasselbe. Nach *Mitscherlich*, 45 kann der Einleitungssatz nur im Kontext zu Teil III verstanden werden.

den, kann der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht entgegengehalten werden, denn dies würde zum völligen Ausschluss der innerstaatlichen Anwendung von Völkerrecht führen.[72]

Ebenfalls kann auch die „Günstigkeitsklausel" von Art.32[73] nur dann als sinnvoll betrachtet werden, wenn die ESCH zumindest einige Bestimmungen enthält, welche direkt innerstaatlich wirken und auch mit innerstaatlichem Recht in Kollision geraten können.[74] Gerade diese Bestimmung dürfte nun aber kaum mit dem Annex zu Teil III in Einklang gebracht werden können, sofern dieser Artikel als Grundlage für eine generelle innerstaatliche Unanwendbarkeit der ESCH angesehen wird.

Oben wurde dargetan, dass dem Streik- und Koalitionsrecht ihrem Charakter nach eine enge Affinität zu den „klassischen" Freiheitsrechten eignet, sie sich insofern von den Sozialrechten als Leistungsrechten unterscheiden. Das dem Streikrecht innewohnende freiheitsrechtliche Element will besagen, dass sich der Staat grundsätzlich jeder Intervention in die Ausübung dieser Freiheit zu enthalten hat und dieser das Streikrecht insoweit auch ohne Intervention zu realisieren vermag.[75] Nun wird aber von den Gegnern[76] einer unmittelbaren Anwendbarkeit gerade dargetan, dass die Statuierung der Koalitionsfreiheit in Art. 5 ESCH nach dem Wortlaut klar als Staatenverpflichtung konzipiert ist und damit die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit aufgrund des engen systematischen Zusammenhangs von Art. 5 und 6 abzulehnen ist.

72) *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht (Fn 64), 385 f.

73) Art. 32: „Les dispositions de la présente Charte ne portent pas atteinte aux dispositions de droit interne des traités, conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux qui sont ou entreront en vigueur et qui seraient plus favorables aux personnes protegées".

74) So *Isele*, Die ESCH, 68.; *Däubler*, Streik, 180 und *Mitscherlich*, 47 f.; ähnlich auch *Wiebringhaus*, (ESCH) der auf die schwierige Vereinbarkeit mit dem Annex zu Teil III verweist, 20 f.

75) Vgl. s.o. S. 16 ff; so schon *Ramm*, Der nichtgewerkschaftliche Streik, 71 f.; *Wiese*, 343; *Kahn-Freund*, Some reflections, 151 und *Zanetti*, Conclusions IV, dissenting opinion, 135 ff.

76) *Frowein*, Gewährleistung der Aussperrung, 18

Angesichts dieses Wertungswiderspruchs innerhalb der ESCH erscheint es angebracht, sich die hinter der Charta stehenden Grundsätze bewusst zu machen. So wird schon in der Präambel der ESCH eine Zielsetzung darin gesehen, die in der EMRK gesicherten bürgerlichen und politischen Freiheiten durch soziale Rechte zu ergänzen. Besonders deutlich wird aber die enge Verknüpfung zwischen ESCH und EMRK darin, dass in beiden Konventionen die Koalitionsfreiheit gewährleistet ist und in Anbetracht der Funktion und des freiheitsrechtlichen Charakters auch das Streikrecht in der EMRK verankert angesehen werden könnte;[77] selbst wenn man letzterer Feststellung nicht folgen wollte, würde sich am Ergebnis nichts ändern.

Nun ist aber Art. 11 EMRK ganz unbestrittenermassen unmittelbar anwendbares Recht und gilt schon heute in dieser Weise in der Schweiz. Als geltende und wegen ihrer unmittelbaren Durchsetzbarkeit günstigere Regelung als Art. 5 ESCH muss Art. 11 EMRK nach Art. 32 ESCH vorgehen.[78] Es ist somit kein Grund zu entdecken, das Günstigkeitsprinzip nicht auch zwischen Staatsverträgen selbst anzuwenden.[79] Will nun gerade die ESCH die EMRK ergänzen, mit dem ausdrücklich garantierten Streikrecht selbst den systematischen und in der Lehre unbestrittenen Zusammenhang zur Koalitionsfreiheit herstellen, so wäre hiermit die Auffassung von Streikrecht als Staatenverpflichtung unvereinbar.[80] Eine unterschiedliche Regelung der innerstaatlichen Durchsetzbarkeit müsste dem „gemeinschaftli-

77) Dies ist umstritten: vgl. s.o. S. 71 f, 80 f auch *Mitscherlich*, 57 möchte das Streikrecht aufgrund dieses Zusammenhangs Art. 11 grundsätzlich zugeordnet wissen; ebenso *Zanetti*, Conclusions IV, 135 ff. und *Ramm*, Anerkennung, 108; der EuGHfMR schliesst diese Auffassung für das „wirtschaftliche" Streikrecht zumindest nicht aus.

78) Die Probleme, welche sich im Verhältnis zwischen völkerrechtlichen Normen oder Verträgen gleichen oder ähnlichen Inhalts stellen, sind bis heute kaum angegangen worden: Andeutungen immerhin *Wiese*, 352 f.; *Bleckmann*, Interprétation ..., 391 ff.; *Muller*, Anwendung, 400; *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, (Fn 64) 386 f.

79) So *Müller*, ebd., 400; *Seiter*, Streikrecht, lasst dies aber wegen dem undeutlichen Willen der Vertragsparteien nicht gelten, 135; unter Hinweis auf eine objektive Auslegung aber *Bleckmann*, ebd. 386

80) Richtigerweise *Mitscherlich* a.a.O., 56 ; ebenso *Zanetti* a.a.O. und ähnlich *Schambeck*, Grundrechte, 98

chen ordre public", dem gemeinschaftlichen Minimumstandard"[81] von ESCH und EMRK widersprechen.

Es wäre mit der Zielsetzung der Charta nicht vereinbar, Bestimmungen, welche hinreichend bestimmt sind und die Sicherung des Einzelnen umgehend verwirklichen können, nur als Staatenverpflichtung anzusehen. Art. 6 N 4 weist noch eine über die Verfassungstexte von Italien und Frankreich[82] hinausgehende Bestimmtheit auf: schon diese Bestimmungen wurden in der Rechtsprechung ihrer Länder als durchaus konkretisierbar angesehen.[83] Die Tatsache, dass nun aber auch ein Streikrecht selbst konkretisierungs- und interpretationsbedürftig ist, kann sicherlich nicht die unmittelbare Justiziabilität ausschliessen.[84] Vielmehr wird gerade der unten näher zu entfaltende Gehalt des in der ESCH enthaltenen Streikrechts und die vergleichende Heranziehung der Rechtssituation in anderen Ländern dazu beitragen, dem Richter wichtige Kriterien für die Entscheidung eines konkreten Falles an die Hand zu geben.[85] Entgegen der Auffassung von *Lerche*,[86] kann Art. 6 N 4 grundsätzlich nicht als zu „vage und unbestimmt" angesehen werden.

4.3.3. Praktische Unzuträglichkeiten einer unmittelbaren Anwendung des Streikrechts

Die ESCH überlässt es in Art. 31 ESCH dem nationalen Gesetzgeber, die Grenzen eines Streikrechts festzusetzen. Die Anwendung eines Streikrechts soll damit durch den Gesetzgeber geregelt werden. Praktische Unzuträglichkeiten bei der unmittelbaren Anwendung des Streikrechts könnten nun dadurch entstehen, dass der Gesetzgeber

81) *Wiese*, ESCH, 353
82) Art. 40 der italienischen Verfassung vom 1. 1. 1948 und die Präambel der französischen Verfassung vom 27. 10. 1946, die heute noch gilt.
83) Vgl. z.B. *Guigni*, Streik und Aussperrung in Italien, Protokoll 265 ff. und *Lyon/Caen* ebd., 333 ff.
84) Ebenfalls *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit, 105
85) In Bezug auf die Begrenzung eines Streikrechts kann der Richter schon in der ESCH Art. 6 N 4 und Art. 31 wie auch in der Rechtsprechung des deutschen BAG zum Verhältnismässigkeitsprinzip entscheidende Grundlagen finden.
86) So *Lerche*, Zentralfragen, 83

selbst nicht tätig wird, Art. 31 ESCH aber nur den Gesetzgeber und nicht den Richter als zur Grenzziehung befugt ansieht. Ein unbegrenztes Streikrecht könnte aber keine Rechtsordnung tolerieren. Selbst wenn aber auch der Richter zur Grenzziehung befugt wäre, könnte es fraglich sein, ob der Richter im Einzelfall materiell zur Grenzziehung imstande wäre.

Auszugehen ist von der Tatsache, dass sich der Expertenausschuss angesichts der ihm bekannten politischen Realisierungshindernisse des Streikrechts entschlossen hat, auch die richterrechtliche Fortbildung in der Umschreibung der Kampfgrenzen als Art. 31 gemäss zuzulassen.[87]
Schon angesichts dieser Auslegung durch den Expertenausschuss erscheint es fragwürdig, ob wegen der praktischen Realisierungschwierigkeiten des Streikrechts im innerstaatlichen Bereich ein Wille der Vertragsparteien dahingehend festzustellen ist, dass Art. 6 N 4 nur als staatenverpflichtende Norm ausgestaltet werden könne.[88]

Es kann nun aber innerstaatlich durchaus der Fall sein, dass bei Untätigkeit des Gesetzgebers oder sogar negativem gesetzlichem Entscheid (wie im schweizerischen Beamtenrecht) der Richter nicht genügend Kriterien im nationalen Recht aufzufinden vermag, um einen konkreten Fall zu entscheiden. Für die schweizerische Rechtssituation ist aber vorauszuschicken, dass nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Fall *Schubert*[89] die Durchsetzung eines völkerrechtlichen Gebotes

87) Conclusions I, 41
88) *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 54 f.
89) BGE 99 Ib 39, 43 f. und Pra 62, 1973, N 1 106, 292

des Beamtenstreiks an Art. 113 Abs. 3 BV scheitern müsste.[90]

Abgesehen davon könnte aber auch der Richter ein allfälliges Gebot der ESCH, den Beamtenstreik in bestimmtem Umfange zuzulassen, inhaltlich nicht unabhängig von einem gesetzlich vorgegebenen Rahmen und schon gar nicht „contra legem" umschreiben.[91]
Wegen der Komplexität der hier auftauchenden und in keinem Lande bisher gelösten Fragen, wäre der Richter regelmässig überfordert, selbst die Grenzen festzulegen.

Bei der Frage der Bestimmtheit einer staatsvertraglichen Norm ist die jeweilige Vorschrift nicht nur für sich allein, sondern immer auch in ihrem Zusammenhang mit dem nationalen Recht zu sehen.[92] Der Richter könnte sich aber im Falle des Beamtenstreikrechts gerade nicht an nationale Rechtsinstitute halten, um der vertraglichen Vorschrift die nötige Bestimmtheit zu verschaffen.[93] Es ist notwendig Sache des Gesetzgebers, anhand der Kriterien der „fonction exercée" und der „nature des missions" zwischen der sozialen Funktion des Streiks zur Herstellung gerechter Arbeitsbedingungen und der im öffentlichen Interesse notwendigen Funktionfähigkeit der Verwaltung zu unterscheiden.

Als nicht justiziabel muss demnach eine Frage angesehen werden, bei

90) Nach diesem Entscheid *Schubert* ist zwar der Vorrang des internationalen Rechts grundsätzlich anerkannt, dem Gesetzgeber ist es aber gestattet, zur Milderung von „Härten" und Wahrung „wichtiger Interessen" bewusst vom internationalen Recht abzuweichen. Eine solche bewusste Abweichung könne zwar die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten des Staates nicht ändern, sei aber „im innerstaatlichen Bereich massgebend und für das BGer nach Art. 113 III BV verbindlich". – Bei der Ratifizierungsdebatte zum Übereinkommen 87 der ILO wurde entsprechend der Botschaft des BRs (BBl. 1974 I, 1951) auch in den eidgenössischen Räten unumstritten am Beamtenstreikverbot festgehalten (Amtliches Bulletin NR 1974, 1216 und SR 1974, 572 ff.). Das BGer müsste sich entsprechend auch an diese allfällige Abweichung von internationalem Recht gebunden fühlen. Scheint mir die Lösung des BGer im Fall des Beamtenstreikverbots auch zu einem richtigen Resultat zu führen, so müsste ein Verständnis des Falls *Schubert* als „leading case" doch bedenklich erscheinen: vgl. auch *Wildhaber*, SJIR 1974, 195 ff.

91) In diesem Sinne *Seiter*, 136 und *Mitscherlich*, 115

92) *Bleckmann*, Begriff, 305 ff., 316 f.

93) Vgl. hierzu unten die Ausführungen zum Beamtenstreikrecht, S. 279 ff.

der die zur Problemlösung (im Sinne des Beamtenstreiks) notwendigen politischen Grundentscheidungen (noch) nicht getroffen sind,[94] die Gegenüberstellung der vertraglichen Bestimmung mit dem nationalen Recht nicht genügen kann, um der Norm die nötige Bestimmtheit zu verleihen.

Wie nun im Folgenden zu zeigen sein wird, bedeutet aber mangelnde richterrechtliche Bestimmbarkeit von Art. 6 N 4 im Falle des Beamtenstreikrechts noch nicht, dass nicht andere Gehalte des Streikrechts als justiziabel anzusehen sind und auch bei Untätigkeit des Gesetzgebers aus der nationalen Rechtsordnung heraus die nötige Bestimmtheit erfahren können.[95]

4.3.4. Justiziable Teilgehalte eines Streikrechts

Eine staatsvertragliche Bestimmung kann richterlicher Konkretisierung insoweit zugänglich sein, als das nationale Recht die „Rahmenbedingungen" umschreibt, innerhalb derer ein Recht seiner Funktion gerecht werden und in dieser Ordnung auch seine Grenzen finden kann. *J.P. Müller*[96] vermochte bei den postulierten sozialen Grundrechten typische Teilgehalte mit verschiedener Normdichte zu unterscheiden: Einmal die „programmatische" Wirkungsebene und zum andern die „lückenfüllende Funktion" sozialer Grundrechte. Eine lückenfüllende Aufgabe erfüllen die sozialen Grundrechte dort, wo der Gesetzgeber bereits die „wesentlichen institutionellen Voraussetzungen für die Realisierung bestimmter sozialer Forderungen",[97] wie z.B. auf dem Gebiete der Alters- und Sozialvorsorge geschaffen hat.[98]

94) Vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 199 f. und entsprechend *Müller*, Soziale Grundrechte, 844

95) Es ist also eine Auffassung abzulehnen, welche von der fehlenden Justiziabilität eines Teilgehalts auf die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit der ganzen Bestimmung schliesst.

96) *Müller*, Soziale Grundrechte, 846 ff.

97) *Müller* ebd.

98) *Müller* a.a.O. und *Bleckmann*, Begriff, 317

Sich den Zusammenhang von nationalem Recht und Völkerrecht für die Frage der Bestimmtheit einer vertraglichen Bestimmung zu vergegenwärtigen, bedeutet, dass z.B. ein Sozialrecht auf Fürsorge dann unmittelbar anwendbar wäre, wenn die nötigen innerstaatlichen Vorbedingungen wie z.B. eine Sozialversicherung, schon vorhanden wären.[99)]

Dieser Gedankengang kann auch für das Streikrecht nutzbar gemacht werden. Dem Streikrecht als Sozialrecht kommt im Hinblick auf die kollektive Arbeitsrechtsordnung insofern eine lückenfüllende Aufgabe zu, als der kollektive Schutz vor den Nachteilen liberaler Vertragsfreiheit erst hierdurch wirksam gestaltet werden kann. Insoweit findet das Streikrecht auch schon im nationalen Recht die wesentlichen institutionellen Voraussetzungen (z.B. das Instrument des GAV) vor, die zur Realisierung des Streikrechts beitragen können. Der Richter wird hier nicht nur in chartakonformer Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln[100)] ein suspendierendes Streikrecht oder zumindest eine rechtliche Wiedereinstellungspflicht für gewerkschaftlich organisierte Streiks statuieren, sondern zugleich Umfang und Grenzen in einer kollektivrechtlichen Ordnung der Arbeitsbedingungen festlegen können. Die Rechtsvergleichung kann hier dem Richter zusätzliche Konkretisierungselemente bieten; die ESCH enthält selbst schon einige streikrechtsspezifische Schranken.[101)] Die auch dem Richter, nicht nur dem Gesetzgeber aufgegebene Schrankensetzung kann deshalb nicht in jedem Falle zur innerstaatlichen Unanwendbarkeit der Bestimmung selbst führen.

Beim Teilgehalt eines Beamtenstreikrechts fehlen nun aber die nötigen nationalen, institutionellen Voraussetzungen (keine GAV- Ord-

99) *Bleckmann* a.a.O., 317; *Müller* a.a.O. führt noch andere Beispiele an.

100) Zu denken ist vor allem an die Ausfüllung der „Sittenwidrigkeitsklausel" in Art. 41 Abs. 2 OR

101) Es ist an den Vorbehalt der Verpflichtungen aus GAV sowie an die zulässige Massnahme der Aussperrung und die in Art. 31 ESCH aufgestellten Grenzen zu erinnern.

nung z.B.); es mangelt[102] überhaupt an einer gesetzlichen (politischen) Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit (Funktionsfähigkeit der Verwaltung) und der vom Einzelnen indirekt durch das Streikrecht begehrten staatlichen Leistung. Somit fehlen dem Richter die notwendigen Kriterien, um ein Streikrecht in diesem Teilgehalt überhaupt unmittelbar anwenden zu können.[103] Dieser Teilgehalt kann nur allenfalls als objektive Direktive an den Gesetzgeber angesehen werden, diese „programmatische Ebene" des Streikrechts durch Abwägung sozialer und öffentlicher Interessen zu realisieren. In dem Masse, wie sich die geltende Rechtsordnung diesem neuen Gestaltungsprinzip annähern könnte, könnte dieses auch in steigendem Masse anwendbar werden.[104]

Nach dieser Auffassung wohnen also einer staatsvertraglichen Bestimmung sowohl justiziable, unmittelbar anwendbare, als auch nicht-justiziable eher programmatische an den Gesetzgeber gerichtete Gehalte inne. Ein ähnliches Zusammentreffen verschiedener Gehalte lässt sich auch für verschiedene Bestimmungen der EMRK (z.B. Art. 6 und 10) feststellen.[105]

4.3.5. Der Grundsatz chartakonformer Auslegung als Verfahren zur Lösung praktischer innerstaatlicher Anwendungsprobleme

Die Frage der innerstaatlichen Anwendbarkeit des Art. 6 N 4 ist in der Literatur wie gezeigt umstritten. Selbst wenn man nun aber die Auffassung fehlender unmittelbarer Anwendbarkeit vertreten wollte, würde sich doch in den meisten Fällen praktischer innerstaatlicher Anwendung des Streikrechts kein Unterschied im Verfahren und im

102) Gegenüber der Privatwirtschaft weist die rechtliche Ordnung des Beamtentums ausgedehnte Teilhabeverfahren auf, welche mit einer gleichzeitigen Zulassung des Streikrechts nicht vereinbar wäre, vgl. s.u.S. 296

103) Vgl. zum Verständnis des Begriffs „programmatisch" *Muller*, Soziale Grundrechte, 846 ff. und ders., Die Anwendung, 385 ff.

104) *Bleckmann*, Begriff und innerstaatliche Anwendbarkeit, 317

105) *Müller*, Die Anwendung, 386 f.

Ergebnis der Anwendung feststellen lassen. Denn auch wenn Art. 6 N 4 als Staatenverpflichtung gelten würde, müsste der Richter die Bedeutung dieser Bestimmung im Einzelfall zur Kenntnis nehmen. Es ist heute generell anerkannt, dass bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts die Übereinstimmung der nationalen Rechtsnormen mit den völkerrechtlichen Bindungen anzustreben ist. Das Gebot der „staatsvertragskonformen Auslegung"[106] bedeutet, dass innerhalb des Auslegungsspielraums, den ein Gesetzestext bietet, Staatsvertragsrecht soweit wie möglich zu berücksichtigen ist. Die dogmatische Begründung erfährt dieser Grundsatz im Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht und in der historischen Auslegung, dass der Gesetzgeber die staatsvertraglichen Bestimmungen habe respektieren wollen.[107] Der Richter hätte somit in jedem Falle die zivilrechtlichen Generalklauseln der „Sittenwidrigkeit" nach Art. 41 Abs. 2 OR und des „wichtigen Grundes" bei Art. 337 OR in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Gewährleistungen von Streik und Aussperrung auszulegen. Gerade bei der den Streik grundsätzlich tolerierenden Rechtslage in der Schweiz werden sich somit in den meisten Fällen Konflikte zwischen Landes- und Völkerrecht vermeiden lassen.

Die Rüge der nichtvertragskonformen Auslegung, d.h. „der mittelbaren" Chartaverletzung könnte nun vom Einzelnen im gleichen Verfahren erfolgen, in dem die unrichtige Auslegung oder Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung gerügt werden könnte.[108] Denn ist z.B. Bundeszivilrecht nicht chartakonform ausgelegt worden, ist Bundeszivilrecht verletzt und kann entsprechend in diesem Verfahren vorgebracht werden.

Indessen würde eine der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 6 N 4 zuneigende Auffassung insofern seine Bedeutung behalten als „unmittelbare" Verletzungen der Charta durch den innerstaatlichen Ge-

106) *Bleckmann*, Begriff, 85 ff.; *Müller*, Völkerrecht, 225 und ders., Die Anwendung, 388 ff.; BGE 94 I 678 und 99 Ib 43 f.
107) *Müller*, Anwendung, 389
108) So *Müller*, Anwendung, 390, f.

setzgeber, z.B. ein Verbot der Aussperrung oder eine völlig Versagung von kollektiven Kampfmitteln an den einzelnen Arbeitnehmer direkt gerügt werden könnten.

Eine Verletzung der Charta durch einen Rechtssatz des Bundes müsste so ebenso wie bei der EMRK in erster Linie mit der staatsrechtlichen Beschwerde gerügt werden, soweit es um den Entscheid einer kantonalen Behörde geht.

Es ist nun also besonders festzuhalten, dass der Streit um die innerstaatliche Anwendbarkeit von Art. 6 N 4 im Hinweis auf die staatsvertragskonforme Auslegung wesentlich an Schärfe verloren hat.

TEIL III DIE KAMPFREGELN IM EINZELNEN

5. Rechtliche Gleichbehandlung von gewerkschaftlich organisiertem Streik und „wildem" Streik? – Ein Vergleich der Anforderungen der ESCH mit der schweizerischen Rechtssituation

5.1. Stellungnahmen der schweizerischen Lehre zur Zulässigkeit des „wilden Streiks"

Unter einem wilden Streik ist im folgenden ein nicht von einer Gewerkschaft geführter und organisierter Streik zu verstehen;[1] hierbei ist also sowohl an Kampfmassnahmen von nichtorganisierten Arbeitnehmern als auch an solche von organisierten Arbeitnehmern zu denken, die ohne Zustimmung ihrer Gewerkschaft sich an Arbeitskämpfen beteiligen.

Für eine dem geltenden schweizerischen Rechtsverständnis entsprechende Konzeption einer Streikfreiheit, welche Arbeitskampfmassnahmen im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zulässt, kann es im Hinblick auf die rechtliche Wertung keinen Unterschied machen, ob ein gewerkschaftlich geführter oder ein sog. „wilder" Streik vorliegt. Werden die individualrechtlichen Voraussetzungen der Kündigung, namentlich die Kündigungsfrist eingehalten, so müssen die Arbeitnehmer auch kollektiv von ihren, ihnen vertraglich zustehenden Rechten Gebrauch machen und die Arbeit niederlegen können.[2] Der Arbeitgeber muss billigerweise mit dieser Möglichkeit rechnen.[3]

1) Entsprechend *Löwisch/Hartje,* Der wilde Streik nach dem Recht der BRD, in RdA 1970; 321 ff. (322),*Seiter,* Streikrecht, 22, Fn 161 und neustens *Zweifel,* Der wilde Streik 23 ff.

2) Wenn die h.M. in der Schweiz den Streik der Koalitionsfreiheit zuordnet, dann kann das nur bedeuten, dass ein wilder Streik als funktionswidrig, nicht aber deshalb schon in jeder Hinsicht als rechtswidrig anzusehen ist; so auch *Schluep,* Überbordungsgefahren,121

3) Die Friedensfunktion des Tarifvertrages – vgl. hierzu ausführlich s.u.S. 163 ff. – kann der Zulässigkeit von kollektiven (Änderungen-) Kündigungen nur dann entgegenstehen, wenn diese auf die Modifikation gesamtarbeitsvertraglich geregelter Fragen abzielt; vgl. *Schluep* a.a.O., 130 und *Löwisch/Hartje,* a.a.O. 327 ebenso *Seiter,* Streikrecht, 411 f.

Diese Lösung findet auch Bestätigung in einem Entscheid des Zürcherischen Gewerbegerichtes aus jüngster Zeit,[4] welches, wenn auch nicht im Hinblick auf eine ausdrückliche Arbeitskampfproblematik, in der gleichzeitigen Kündigung mehrerer Arbeitnehmer keinen Grund zur fristlosen Entlassung nach Art. 337 OR sieht.

In der rechtspolitischen Perspektive ergibt sich nun das Problem, ob sich jeder einzelne Arbeitnehmer, unabhängig von seiner Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft und ungeachtet der mit dem Streik angestrebten Ziele, auf ein das Arbeitsverhältnis suspendierendes oder mit den entsprechenden Schutzgarantien versehenes lösendes Streikrecht berufen kann. Die in der schweizerischen Literatur zu diesem Thema abgegebenen Erklärungen sind äusserst spärlich.

Einmal vertritt *Böni*[5] die Ansicht, dass Arbeitskampf nicht als Teil des GAV-Rechts, sondern nur als selbständige Institution des kollektiven Arbeitsrechts verstanden werden kann. Der Arbeitskampf diene nicht nur der Funktionsfähigkeit eines freiheitlichen Tarifsystems, sondern der Verwirklichung eines freiheitlichen Vertragssystems überhaupt.

Die rechtliche Vorzugsstellung des gewerkschaftlich organisierten Streiks müsse als Verstoss gegen die negative Koalitionsfreiheit wegen des dadurch erzeugten mittelbaren Koalitionszwanges gewertet werden. Da gerade auch kollektive Interessen der Arbeitnehmer denkbar wären, deren Verwirklichung sich nicht mit den organisationspolitischen Interessen der Gewerkschaft decke, müsse ein gewerkschaftliches Streikmonopol zu einer ungerechtfertigten Differenzierung zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern führen. Als legales Arbeitskampfziel sei überdies jede kollektive Forderung, nicht nur eine gesamtarbeitsvertragliche Regelung denkbar.

4) BlfZR., 1975, Jg. 71, 217 ff.
5) *Böni*, Begriff, 111, 112

Diese Auffassung von *Böni* ist aber als vereinzelt anzusehen; die h.M. vertritt heute den gegenteiligen Standpunkt. Für *Schluep*[6] sind wilde Streiks deshalb Überbordungen, weil sie nicht von den Parteien getragen werden, welchen die Legitimation zum Kampf um die zukünftigen Arbeitsbedingungen und zur Wiederherstellung des Arbeitsfriedens zusteht.
Auch *Rehbinder*[7] sieht den Streik „nur im System der kollektiven Gestaltung der Arbeitsbedingungen als erforderlich" an.
Ebenso möchte *Flühmann*[8] eine nach seiner Auffassung dem Arbeitsvertrag immanente Streikerlaubnis nur den tariffähigen Organisationen vorbehalten. Gleichzeitig soll aber ein nichtgewerkschaftlich geführter Streik nicht völlig ausgeschlossen sein. Solche Kampfmassnahmen könnten aber nur dann rechtmässig sein, wenn sie unter Einhaltung der individualrechtlichen Voraussetzungen durchgeführt würden. Ein suspendierender Streik nichtorganisierter Arbeitnehmer würde nach *Flühmann* „gegen die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des ultima-ratio Prinzips verstossen, da bei einem solchen Kampf keine Möglichkeit bestehe, die schädlichen Auswirkungen durch Gesamtvereinbarungen zu minimieren".[9]

Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob die ESCH normative Ansatzpunkte für eine rechtliche Privilegierung des gewerkschaftlich geführten Streiks enthält.

6) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 120 f.
7) *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A, 157; vgl. auch *Heither*, Das kollektive Arbeitsrecht, 79 .; implizit auch Zanetti, Gewerkschaftsfreiheit, 77 ff. und ders., Conclusions IV, 121 ff.; jüngst hält auch *Marmier*, Droit de nẽgociation, 129 im Hinblick auf die Streikregelung von Art. 6 Abs. 4 fest, dass ein „wilder Streik" aus dem Rahmen eines Rechts auf kollektive Verhandlungen herausfallen würde.
8) *Flühmann*, Auswirkung, 56; implizit auch *Schluep*, 130 und *Zweifel*, Der wilde Streik 81 f.
9) Damit ist bereits der wesentliche Unterschied zwischen einem mit dem kollektiven Vertragsrecht funktional verbundenen Streikrecht und dem wilden Streik dargetan; der enge Zusammenhang zwischen Tarifautonomie und Streik, der oben schon für die Schweiz gezeigt wurde, soll unten noch im Hinblick auf die Wertung des wilden Streiks konkretisiert werden.

5.2. *Ist der nichtgewerkschaftlich organisierte Streik durch die Sozialcharta garantiert? – Eine umstrittene Problematik*

5.2.1. Die positive Haltung des Expertenausschusses

Das Verbot des wilden Streiks in Deutschland[10] lieferte dem Expertenausschuss den Anlass, seine Position zur Zulässigkeit des nichtgewerkschaftlich geführten Streiks näher darzulegen.

Der Expertenausschuss vertritt die Auffassung, dass alle innerstaatlichen Bestimmungen mit der ESCH unvereinbar sind, welche darauf gerichtet sind, das Streikrecht mit dem ausschliesslichen Ziel, den Abschluss kollektiver Vereinbarungen zu ermöglichen, zuzulassen. Ebenso würde eine Bestimmung des Inhalts, das Streikrecht sei nur den Gewerkschaften bzw. den organisierten Arbeitnehmern vorbehalten, d.h. das Verbot des nichtgewerkschaftlich geführten Streiks, von der ESCH nicht gedeckt.[11]

So ist nach Ansicht dieses Gremiums beispielsweise der Streik einer Gruppe von Arbeitnehmern, welcher daraufhinzielt, den Arbeitgeber zur Einhaltung der gesetzlichen Sicherheitsvorschriften zu zwingen, mit der ESCH vereinbar.[12] Entgegen dem Widerspruch der deutschen Bundesregierung hält der Ausschuss auch in den Conclusions III an seiner Rechtsprechung fest: Eine Beschränkung des Streikrechts auf den gewerkschaftlich geführten Streik sei durch keine Bestimmung der Sozialcharta vorgesehen und gerechtfertigt.[13]

Diese Haltung der Experten wird nun auch ausdrücklich in den Conclusions IV von 1975 bestätigt.[14] Dabei setzte sich die Kommission

10) Vgl. BAG 15, 174 (194) = AP N 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
11) So schon in den „Conclusions" II, 28: Auch ausserhalb des gewerkschaftlichen Rahmens könne eine einzelne Gruppe von Arbeitern einen Streik ausrufen.
12) Conclusions II, 28
13) Conclusions III, 41
14) Conclusions IV, 50 f.

mit dem Einwand der deutschen Regierung auseinander, das Streikrecht von Abs. 4 des Art. 6 gelte nur „en vue d'assurer l'exercice effectif du droit a nẽgociations collectives". Dem hält der Expertenausschuss entgegen, dass es nicht nur kollektive Vereinbarungen gebe, welche auf den Abschluss von Kollektivverträgen hinzielen.
Unter „nẽgociation collective" im Sinne des Art. 6 sei vielmehr jede Vereinbarung zwischen Arbeitgebern und einer Mehrheit von Arbeitnehmern („de droit ou de fait") zur Lösung irgendeines Problems von kollektivem Interesse zu verstehen. Als ein solches Streikziel von kollektivem Interesse könne z.B. die Verhinderung angekündigter Entlassungen von Arbeitnehmern bzw. die Aufhebung schon ausgesprochener Entlassungen und die Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer angesehen werden; das Streikrecht könne also dazu dienen, die vom Arbeitgeber vorgenommenen Entlassungen zu bestreiten.[15)]

Im weiteren wird daran festgehalten, dass keine Bestimmung der ESCH eine Beschränkung des Streikrechts auf die Gewerkschaften rechtfertige. Art. 6 Abs. 1 halte vielmehr alle Arbeitnehmer zur Ausübung des Rechts auf kollektive Verhandlungen berechtigt. Könne schon eine einzelne Gruppierung dieses Recht geltend machen, so sei sie zwecks Durchsetzung desselben auch zur Ausübung des Streikrechts befugt.[16)]

Die Charta folgt nun in der Auslegung durch den Expertenausschuss im Hinblick auf die entgegenstehenden Pflichten aus dem Einzelarbeitsvertrag der modernen Konzeption eines Streikrechts; auch wenn ein suspendierendes Streikrecht nicht als verpflichtend angesehen wird, werden doch bei der „Lösungsvariante" die im praktischen Ergebnis der Suspendierung entsprechenden Schutzgarantien für den Arbeitnehmer verlangt. Insofern dürfte auch dem innerstaatlichen Gesetzgeber nach Auffassung des Ausschusses kaum ein Spielraum offenstehen, den nichtgewerkschaftlich geführten Streik rechtlich an-

15) Conclusions IV, ebd. 50
16) Conclusions IV, 51

ders auszugestalten als den gewerkschaftlich organisierten Streik.[17]

5.2.2. Unterschiedliche Aufnahme der Aussagen des Expertenausschusses in den anderen Kontrollorganen der ESCH

In den Conclusions II wurde neben der deutschen Rechtslage auch die irländische Gesetzgebung vom Expertenausschuss gerügt, weil diese Streiks von Arbeitnehmern, welche nicht einer Gewerkschaft zugehören, untersage.[18] Der nach Art. 27 ESCH ebenfalls zur Kontrolle befugte Regierungssozialausschuss konnte aber in seinem Bericht vom 3. Juni 1971 dieser Interpretation des Expertenausschusses nicht folgen und in der genannten Restriktion „not a denial of the right to strike" erkennen.[19] In seinem zweiten Bericht vom 8. 9. 1972 wurde die Frage offengelassen.[20] Eine gegenüber der Auffassung des Expertenausschusses zurückhaltendere und restriktivere Auslegung hat der Regierungssozialausschuss gleichermassen auch in der Frage der Zulässigkeit des Beamtenstreiks vertreten;[21] bei der Auslegung anderer Bestimmungen der ESCH lässt sich diese Tendenz ebenfalls erkennen.[22]

Das Verständnis der Kontrollaufgabe durch den Regierungsausschuss selbst kann demnach im Vergleich mit dem Expertenausschuss als deutlich „pragmatischer und politischer" aufgefasst werden, was im

17) So auch *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 134 f.; a.A. aber *Seiter*, Streikrecht, 194 f., 393 f., welcher aus der flexiblen Haltung des Expertenausschusses in der Frage der Suspendierung einen Ermessensspielraum des Gesetzgebers ableitet, den gewerkschaftlich geführten Streik zu privilegieren.

18) Conclusions II, 29 (betreffend Beschränkung des Streikrechts auf Mitglieder einer Gewerkschaft mit „negotiation licence")

19) First report of the Governmental Committee, 22 f.; zur im Verhältnis zum Expertenausschuss „gleichwertigen" Interpretationsbefugnis des Regierungssozialausschusses vgl. 2e Rapport du Comité Gouvernemental vom 8. 9. 1972, 5 ff. und ausführlich s.u. S. 310 Fn 7

20) 2e Rapport du Comité Gouvernemental, 16 f.

21) First Report ebd. 13 und 2e Rapport mit Hinweis darauf, dass es beim Beamtenstreikrecht nicht darum gehe „to ensure the right to bargaining collectively", vgl. hierzu auch s.u. S. 281

22) Vgl. schon diesen Bericht zu Art. 1 Abs. 3; 4 Abs. 3; Art. 18 usw.

Ergebnis zu einer weniger starren Auslegung führt:[23] Nach Auffassung des Regierungsausschusses[24] kann die Erfüllung der in der ESCH aufgestellten Verpflichtungen in jedem Land entsprechend dem Zweck, „to secure for the populations of the Contracting Parties a satisfactory standard with economic and social rights", nur auf dem Hintergrund der sozialen Bedingungen in allen ökonomischen, sozialen und institutionellen Aspekten betrachtet werden. Der Ausschuss ist im Weiteren der Ansicht, dass, wenn man den Bestimmungen der ESCH auch einen rechtlichen Inhalt zuerkenne, den einzelnen Staaten doch ein gewisser Spielraum für die Anpassung des von der ESCH geforderten sozialen Standards an die innerstaatlichen sozialen Bedingungen belassen werden müsse.[25]

Im Gegensatz zur Ablehnung durch den Regierungsausschuss fand nun aber die Stellungnahme des Expertenausschusses zum wilden Streik in der nach Art. 28 ESCH zur Kontrolle befugten „beratenden Versammlung des Europarates" Zustimmung. Auch die vom Expertenausschuss vorgeschlagene und vom Ministerkomitee (Art. 29) zu erlassende „Empfehlung" wurde unterstützt.

Bis heute ist aber weder zu der uns interessierenden Frage, noch zu anderen Problemen in Art. 6 Abs. 4 eine Empfehlung des Ministerrates ergangen.[26]

23) 4e Rapport du Comité Gouvernemental, CG/CH Soc (76), 14: „Le comité gouvernemental de par sa composition est proche de la réalité et est donc bien placé pour apprécier les difficultés pratiques d'application de la Charte. Ses membres ne tirent donc pas seulement leurs informations des rapports nationaux et peuvent apprécier objectivement les situations nationales en tenant compte des priorités que les gouvernements doivent nécessairement se donner. Aussi peut-il arriver que ce Comité puisse ne pas être d'accord avec les observations du Comité d'experts indépendants lorsque celles-ci sont trop théoriques ou trop rigides". Vgl. auch: *Delarbre*, Le Rôle du Sous-Comité Gouvernemental de la Charte Sociale Européenne, colloque 53/54

24) First Report of CG (70) 24, 3

25) Zu diesem dem innerstaatlichen Gesetzgeber zu belassenden Spielraum bei der Ausgestaltung auch des nichtgewerkschaftlich geführten Streiks vgl. s.u. S. 175

26) Vgl. u.a. Résolution (71) 30 v. 12. 11. 1971; Résolution (74) 16 sur l'application de la charte sociale pendant la période 1968-69 v. 29. 5. 1974 und résolution (75) 26 v. 17. 10. 1975 sur l'application de la charte sociale pendant la période 1970-71

Auch schon in den Berichten des Regierungsausschusses vom 8. 11. 1974 und vom 13. 8. 1976[27] sowie im Bericht der Beratenden Versammlung vom 22. 4. 1975[28] wird die Übereinstimmung des innerstaatlichen Rechts mit Art. 6 in globo keiner ausführlichen Betrachtung mehr für wert befunden. Empfehlungen werden wie in den Conclusions III nicht vorgeschlagen.

5.2.3. Uneinheitlicher und konträrer Meinungsstand in der neueren deutschen und schweizerischen Literatur

In der deutschen Lehre wird heute noch ganz überwiegend angenommen, dass die Sozialcharta den wilden Streik nicht gewährleistet.[29] Einesteils stellt man darauf ab, dass das Streikrecht deshalb nicht den wild Streikenden zustehe, weil unter „Kollektivverhandlungen" gemäss Wortlaut von Art. 6 nur die Tarifverhandlungen gemeint sein könnten.[30] Zum andern wird in Verbindung mit dem vorigen Argument der enge Zusammenhang von Streikrecht und Tarifvertragsziel betont.[31] In gleicher Richtung weist die systematische Begründung, welche in der engen Relation von Art. 5 und 6 ESCH einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Zuordnung des Streikrechts zum Tarifvertragsrecht sieht.[32] Eine neueste Stellungnahme will zwar „droit de négociation collective" nicht mit Kollektivvertragsverhandlungen gleichsetzen, leitet aber eine rechtliche Privilegierung der gewerkschaftlichen Streiks neben den genannten Gründen aus der flexiblen Haltung des Expertenausschusses zur Suspendierungsproblematik ab.

27) Vgl. 3e und 4e Rapport, CG/CH. Soc (74) 14 und (76) 6
28) Vgl. Avis N. 71 (1975); vgl. auch Avis N. 64 (1973) vom 26. 9. 1973
29) *Bleckmann*, Interprétation, 402 f., *Daum*, Soziale Grundrechte, 87; *Nipperdey/Säcker*, II, 2. 925; *Löwisch/Hartje* a.a.O., 324 und weitere Autoren vgl. *Seiter*, Streikrecht, 195, Fn 58
30) Vgl. z.B. *Nipperdey/Säcker*, ebd.
31) Vgl. z.B. *Däubler*, Streik, 185 f.
32) *Wiebringhaus*, Charte sociale, 1963, 714 und *Sproedt*, Koalitionsfreiheit und Streikrecht, 79 mit weiteren Angaben Fn 1

Die bislang erkennbar einzige schweizerische Lehrmeinung stellt darauf ab, dass ein nichtgewerkschaftlich geführter Streik sich systemmässig nicht in ein auf die wirksame Ausübung eines „droit de négociation collective" ausgerichtetes Streikrecht einfüge.[33)]

Die Gegenmeinung geht zunächst einmal davon aus, dass die Charta unmissverständlich den einzelnen Arbeitnehmer als Träger eines Streikrechts benennt;[34)] dies ist heute generell anerkannt.[35)] Schon früh wurde von *Ramm* der herrschenden Lehre entgegengehalten, dass der in Art. 6 genannte Begriff der Kollektivverhandlungen auch die in Abs. 1 aufgeführten „gemeinsamen Beratungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern" mitumfassen müsse.[36)] Dies wird heute allgemein, auch von der Gegenmeinung[37)], befürwortet. In jüngster Zeit gelangte nun vor allem *Mitscherlich*[38)] in eingehender Interpretation von Art. 6 Abs. 4 zur Zulässigkeit des wilden Streiks, indem er zunächst einmal die weite Interpretation des Begriffs der Kollektivverhandlungen in Art. 6 ESCH bestätigte. Die Herleitung einer Privilegierung des gewerkschaftlich geführten Streiks aus dem systematischen Zusammenhang von Art. 5 und 6 ESCH wird abgelehnt, da sich Art. 5 nicht an einem bestimmten Koalitionsbegriff eines anderen internationalen Abkommens wie z.B. des ILO-Abkommens 87 orientiere.[39)] Andererseits vermag *Mitscherlich* den Materialien zur ESCH nichts für die Zulässigkeit eines allen Arbeitnehmern zustehenden Streikrechts zu entnehmen. Hingegen würden die tragenden Grundsätze der ESCH wie der in der Präambel auftretende Grundsatz der Sicherung und Förderung des sozialen Wohls und Fortschritts der Völker eher für eine umfassende Streikrechtsgarantie sprechen. Eine solche Auffassung würde auch von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten des

33) *Marmier*, Droit de négociation, 129
34) Vgl. *Ramm*, Die Anerkennung, 108 f. und *Schambeck*, Grundrechte 116, 136; *Kahn-Freund*, Some reflections, 132
35) So ausdrücklich *Seiter*, Streikrecht, 193
36) *Ramm*, AuR 1967, 109 und *Sproedt*, Koalitionsfreiheit, 80, Fn 3
37) *Mitscherlich*, 179 ff. aber auch *Seiter*, 194 und *Gitter*, Probleme, 139
38) *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 119 ff.
39) *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 121 ff.; a.A. aber *Sproedt*, 79

Europarates bestätigt.[40)]

In diesem angeführten Meinungsspektrum kann die Auffassung, die *Seiter* jüngst formulierte, insgesamt eher als eine vermittelnde Zwischenposition angesehen werden. Die Aussagen des Expertenausschusses werden einerseits in der Weise interpretiert, dass allein ein Verbot verbandsfreier Kampfmassnahmen als mit der ESCH unvereinbar angesehen wird. Der Gesetzgeber würde also wegen der hervorgehobenen Stellung der Gewerkschaften in der ESCH[41)] das Streikrecht für den Tarifarbeitskampf einerseits und sonstige Kampfziele anderseits unterschiedlich ausgestalten können, soweit er dies im Interesse der Tarifautonomie für nötig hält. Gleichzeitig erscheint es aber *Seiter* aufgrund der Wertung in der ESCH geboten, ein allen Arbeitnehmern zustehendes Streikrecht nur dann zuzulassen, wenn es mit der Zustimmung der Gewerkschaft ausgeübt wird.[42)]

5.3. Kritische Anmerkungen zur Gleichstellung von gewerkschaftlichem und wildem Streik insbesondere in der Interpretation des Expertenausschusses

5.3.1. Streikrecht und Friedenspflicht

Jeder Befürworter eines nicht auf gewerkschaftliche Kampfaktionen beschränkten Streikrechts muss sich mit dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 auseinandersetzen, nach welchem das Streikrecht unter dem Vorbehalt „etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen" steht.
Hat nun die Kritik an einer rechtlichen Privilegierung eines gewerkschaftlich geführten Streikrechts diesen unmittelbaren Zusammenhang von Streikrecht und GAV ausreichend gewürdigt?

40) Vgl. aber die gegenteiligen Ausführungen s.u. S. 176 ff.
41) Auch die Gegenmeinung, *Mitscherlich*, 135 stimmt diesem Ansatz zu, kann aber nicht die Folgerung der Beschränkung des wilden Streiks auf eine reine Streikfreiheit teilen.
42) Vgl. zu diesem „Aussenseiterstreikrecht" ausführlich s.u. S. 179 ff.

Ist durch die ESCH die Bindung des Streikrechts an eine kollektivrechtliche Friedenspflicht als zulässig anerkannt, so sieht sich derjenige, welcher ein Streikrecht ausserhalb dieser Bindung statuieren will, vor die Alternative gestellt, entweder ein solches unbeschränkt zuzulassen oder entsprechend dem Kollektivrecht eine „friedenspflichtähnliche" Bindung zu konstruieren. Selbst die Vorkämpfer eines allen Arbeitnehmern zustehenden Streikrechts halten aber Beschränkungen für notwendig.[43]

Es war zunächst *Ramm*,[44] der die Ansicht vertrat, dass auch auf das von einem nichtorganisierten Arbeitnehmer in Anspruch genommene Streikrecht einzelvertraglich zeitweise erlaubterweise verzichtet werden könne. Kann nun aber das Streikrecht einzelvertraglich, wenn auch nur zeitweise, überhaupt abbedungen werden? Die Beantwortung dieser Frage verlangt ein näheres Eingehen auf die grundsätzlichen Bezüge zwischen Streikrecht und kollektivvertraglicher Friedenspflicht:

Im Gegensatz zum GAV vermag der Einzelvertrag, ebenso wie der Massenabschluss von Individualarbeitsverträgen,[45] weder eine auf gewisse Dauer angelegte, unabdingbare rechtliche Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mit rechtlich selbständigem Dasein zu erzeugen, noch deren Stabilisierung mittels einer Friedenspflicht zu erreichen. Wie nun das Streikrecht seine Rechtfertigung in der Schaffung einer die Ungerechtigkeiten des Einzelvertrages ausgleichenden kollektiven Ordnung findet, so stellt das Friedensversprechen der Gewerkschaft, der Streikverzicht, das Äquivalent zur zeitweisen Unabdingbarkeit tariflicher Mindestnormen dar.[46] Die kollektive Friedenspflicht entspricht also Sinn und Zweck der Tarifautonomie. Die einzelvertragliche Ordnung dagegen ist zum Nachteil des Arbeitnehmers

43) So *Ramm*, Der nichtgewerkschaftliche Streik, 75; ebenso wie jüngst *Mitscherlich*, 137 ff.
44) *Ramm*, Der nichtgewerkschaftliche Streik, 65 ff. und 97 ff.
45) Vgl. *Löwisch/Hartje* a.a.O. (Fn 1), 324
46) *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 17 und *Seiter*, Streikrecht, 411

abdingbar. Deshalb kann sich eine einzelvertraglich vereinbarte Friedenspflicht nicht auf eine ähnliche Rechtfertigung berufen. Der Schutz des einzelnen Arbeitnehmers vor einem solchen einzelvertraglichen Streikverzicht muss daher die hier vertretene Lösung erhärten. *Ramms* Einwand,[47] ein erfolgreich abgeschlossener wilder Streik zeige, dass eine rechtliche Sicherung des Arbeitnehmers gegen soziale Übermacht nicht mehr nötig sei, die Abdingbarkeit also zulässig sei, vermag nicht zu überzeugen. Ein solcher vertraglicher Streikverzicht dürfte sich weder auf die Rechtfertigung der kollektivvertraglichen Friedenspflicht noch auf das in der Sozialcharta verankerte Streikrecht berufen können. Denn Art. 6 Abs. 4 sieht nur die Beschränkung des Streikrechts durch Tarifverträge und nicht durch Einzelvertrag vor.[48] Ein einzelvertraglicher Streikverzicht müsste demnach gegen den in Art. 28 ZGB verankerten Persönlichkeitsschutz verstossen.[49]

Gegen die Einführung einer einzelvertraglichen Friedenspflicht müsste zudem auch sprechen, dass im Gegensatz zur kollektivrechtlichen Friedenspflicht keine Kontrollstellen vorhanden sind, welche die Durchsetzung einer vereinbarten Friedenspflicht bewerkstelligen könnten.[50]

Selbst wenn man aber von der grundsätzlichen Zulässigkeit des einzelvertraglichen Streikverzichts ausgehen wollte, müssten sich dann kaum überwindbare Schwierigkeiten einstellen, wenn bei Fehlen einer konkreten Regelung die Dauer des Verzichts den Umständen des

47) *Ramm* ebd., 75; er setzt sich damit in Widerspruch mit der von ihm grundsätzlich befürworteten Unabdingbarkeit des Streikrechts.

48) Hält die ESCH eine zeitweise Beschränkung des Streikrechts für sinnvoll, stellt sie aber dafür nur den Tarifvertrag zur Verfügung, so wäre die Auslegung denkbar, das Streikrecht allein dem gewerkschaftlich geführten Arbeitskampf vorzubehalten, so *Seiter*, 195; a.A. *Mitscherlich*, 136, der die Regelung der ESCH nur als Regelfall ansieht.

49) Die Verabredung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die privatrechtliche Ausübung des Kampfrechts zu verzichten, verstösst nach *Seiter* gegen Art. 9 Abs. 3 S 2 GG, 94; so für die Schweiz auch *Flühmann*, Auswirkung, 78 f.

50) So schon BAGE 15, 174, 194 = AP 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Einzelfalls entnommen werden sollte;[51] die Orientierung an einer einheitlichen arbeitsrechtlichen Regelung durch den GAV fiele aus, was allein die Regelung durch eine Betriebsvereinbarung[52] übrig liesse.

5.3.2. Die Unterscheidung nach dem Kampfziel

Hinsichtlich der möglichen Streikziele nichtgewerkschaftlicher Streiks kann man mit *Rüthers*[53] zwischen „tarifbezogenen" wilden Streiks und „betriebsbezogenen" wilden Streiks unterscheiden. Bei den ersteren strebt die Arbeitnehmerseite kampfweise eine übertarifliche Erhöhung der Arbeitsbedingungen an. Auslösende Ursache kann die Unzufriedenheit der Arbeitnehmer mit dem Tarifvertrag oder ein tatsächliches bzw. vermeintliches Auseinanderklaffen zwischen tariflichem Lohnabschluss und den Austauschbedingungen am Arbeitsmarkt sein.[54] Zur letzteren Gruppe gehören die unmittelbar arbeitsplatzbezogenen wilden Streiks, „welche sich auf die Vornahme oder Rücknahme bestimmter Massnahmen der Firmenleitung (Weisungen, Entlassungen usw.) richten". Solche Streiks sind zumeist Ausdruck eines empfindlich gestörten Betriebsklimas.

Eine Sicherung der Arbeitgeber dagegen, dass die Arbeitnehmer nicht von sich aus eine übertarifliche Verbesserung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durchsetzen, besteht nach geltendem Recht nur insofern, als die Gewerkschaften durch die Friedenspflicht gebunden sind, solche Aktionen nicht zu unterstützen und auch auf die Mitglieder einwirken müssen, solche Kampfmassnahmen zu unterlassen. Gerade seine Ordnungsfunktion kann der GAV aber nur erhalten, wenn der Ar-

51) *Seiter*, Streikrecht, 221 f. entgegen *Ramm*, AuR 1971, 75

52) Ob der schweizerische Gesetzgeber aber die Betriebsvereinbarung zu einem ebenso bedeutsamen Regelungsmittel ausbauen wollte, bleibt äusserst fraglich.

53) *Rüthers*, Rechtsprobleme des betriebsbezogenen Streiks, 625 f. und des tarifbezogenen wilden Streiks, 2120 ff.; in der Schweiz folgt auch *Zweifel*, Der wilde Streik 101, 107 dieser Unterscheidung nach dem Kampfziel.

54) Dies wurde in Deutschland besonders in den wilden Septemberstreiks von 1969 deutlich.

beitgeber nicht während der Laufzeit des GAV auf betrieblicher Ebene mit weitergehenden „tarifbezogenen Forderungen" rechnen muss.[55]

Solche auf Anpassung der tariflichen Ordnung an die veränderten wirtschaftlichen Umstände gerichteten Streiks müssten notwendig in letzter Konsequenz die Ordnungsaufgabe des GAV in Frage stellen, die kollektivrechtliche Friedenspflicht aushöhlen und überhaupt zum Verlust der Attraktivität des GAV für den Arbeitgeber führen.[56] Die Zubilligung eines gewerkschaftsunabhängigen Streikrechts müsste vermutlich auch zu vermehrter Kampftätigkeit führen und so die Friedensfunktion des GAV gefährden.[57] Es wäre nun ein Trugschluss zu glauben, wie es in der Literatur zum Teil vorgeschlagen wird,[58] dass allein schon eine gesetzlich vorgesehene Friedenspflicht der einer Gewerkschaft angehörenden Arbeitnehmer das allen Arbeitnehmern zustehende Streikrecht genügend beschränken und somit das Problem des wilden Streiks lösen würde.[59] Vielmehr müssten gerade die von keiner gesetzlichen Friedenspflicht erfassten nichtorganisierten Arbeitnehmer, denen aber gleich wie den organisierten Arbeitnehmern ein suspendierendes Streikrecht zustünde, mit ihren erkämpfbaren übertariflichen Lohnforderungen den tariflichen Lohnkampf selbst verschärfen. Denn die Arbeitgeber würden regelmässig den Forderungen der Gewerkschaft erheblich mehr Widerstand entgegensetzen, wenn sie mit weiteren Zugeständnissen rechnen müssten.[60] Tarifpo-

55) *Seiter*, Streikrecht, 220 f.; diese Ordnung stand neuerdings in der Schweiz im *Dubied*-Konflikt zur Debatte.

56) *Löwisch/Hartje* a.a.O. (Fn 1) 324, sowie *Rüthers*, Rechtsprobleme des tarifbezogenen Streiks, 2127 und ders., Rechtsprobleme des wilden Streiks, Stuttgart 1973

57) Entgegen *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 336 ff., kann es schon wegen der unklaren Voraussetzungen kein verbandsfreies Streikrecht zur Berichtigung von Tarifabschlüssen geben; in dieser Richtung auch deutlich *Seiter*, Streikrecht, 220 f. und 257

58) Vgl. *Mitscherlich*, 138 und *Tomandl*, Grundprobleme, 198

59) Die gesetzliche Ausdehnung der verbandsrechtlichen Friedenspflicht auf die einzelnen Arbeitnehmer hilft hier gerade nicht.

60) Ein unbeschränkt erkämpfbares unterschiedliches Lohnniveau zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern trägt sicherlich nicht zur Besserung des sozialen Klimas bei und würde auch wesentlich die Attraktivität der Gewerkschaftszugehörigkeit und damit die Funktion der Tarifautonomie mindern.

litik und strategisches Konzept der Gewerkschaften[61] könnten durch die nichtorganisierten Arbeitnehmer erheblich gestört werden. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie würde durch die permanente, rechtlich nicht begrenzte Möglichkeit, die Festlegung neuer Arbeitsbedingungen im einzelvertraglichen Regelungsinstrument zu erkämpfen, gefährdet.
Eine Rechtsordnung, in der, wie in der Schweiz, der Tarifautonomie eine herausragende Stellung zukommt, muss geeignete Vorkehren gegen deren Beeinträchtigung treffen.

Vergegenwärtigt man sich, dass Streiks Nichtorganisierter keiner tarifvertragsähnlichen einzelvertraglichen Friedenspflicht unterstellt werden können und solche Streiks in aller Regel dazu beitragen, die Stellung der Gewerkschaften zu schwächen,[62] so kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Expertenausschuss die in der ESCH zum Ausdruck gekommene enge Beziehung von Streik und GAV und besonders die hervorragende Position des GAV nicht genügend gewürdigt hat. So kommt auch in Art. 5, Art. 6 Abs. 2 und 4 zum Ausdruck, dass sowohl nach der Konzeption der ESCH wie nach deren Auslegung durch den Expertenausschuss in der praktischen Verwirklichung sozialer Forderungen durch GAV ein wesentliches Kriterium für die Erfüllung der sozialen Verpflichtung der ESCH liegt.[63] Es läge demnach auch durchaus in dieser Linie, eine Schlechterstellung des wilden gegenüber dem gewerkschaftlichen Streik zuzulassen, da das Tarifrecht selbst z.B. durch eine Lohnindexierung (Verhandlungs- und Indexklauseln)[64] die Starrheit des Tarifvertragssystems und somit die Gefahr wilder Konflikte mangels Bedürfnisses herabmindert; die regelmässige Ausdehnung der gesamtarbeitsvertraglich festgeleg-

61) Aus Furcht vor einer Kluft zwischen gewerkschaftlicher Führung und Forderung der Arbeitnehmer müssten die Gewerkschaften selbst ihre Führungsrolle in künftig schärferen Auseinandersetzungen zu behaupten suchen.
62) Hierzu *Seiter*, Streikrecht, 22 f. und *Rüthers*, Rechtsprobleme tarifbezogener Streiks, 2128 f.
63) Vgl. Conclusions I, 36, 38, 40 und Art. 33 ESCH
64) „Die Volkswirtschaft": 1957, 576 ff.: Die Indexklauseln in den GAV und 1973, 9 f.: Die Teuerungsklauseln in den GAV und „die Volkswirtschaft" 1975, 455 f.: Die Teuerungsklauseln in den GAV; vgl. auch *Rüthers* a.a.O., 2124; ausführlicher s.u. S. 189 f.

ten Tarife auf die Aussenseiter vermag auch diese zufriedenzustellen.[65]

Motivation und Zielsetzung der Streikenden unterscheidet die Fallgruppe der „unmittelbar arbeitsplatzbezogenen" wilden Streiks von den „tarifbezogenen" Streiks. Sehr oft sind Streiks Ausdruck der Empörung über als ungerecht empfundene innerbetriebliche Arbeitsbedingungen und stellen eine Reaktion auf tatsächliches oder vermeintliches widerrechtliches Handeln der Arbeitgeber dar.[66] An Streiks zur Erzwingung personeller Massnahmen des Arbeitgebers (Rücknahme einer Entlassung) ist ebenso zu denken wie an die Erzwingung rechtskonformen Verhaltens des Arbeitgebers z.B. im Bereiche des Persönlichkeitsschutzes[67] und der Betriebsverfassung.[68] Die vom Expertenausschuss genannten Zielsetzungen von Streiks, wie Erzwingung gesetzeskonformer Sicherheitsvorschriften und Rücknahme von Entlassungen, fallen in diese Fallgruppe.

Lässt sich nun aber gerade an diesen Beispielen die Berechtigung einer rechtlichen Gleichbehandlung von gewerkschaftlich geführtem und wildem Streik demonstrieren?
Zur Beantwortung ist davon auszugehen, dass beispielsweise ein Streik mit dem Ziel, die Einhaltung der dem Arbeitgeber gesetzlich auferlegten Sicherheitsvorschriften zu erzwingen, zur Verteidigung des vom Arbeitgeber tangierten „vertraglichen status quo" dient. Die „Streikenden" wollen hier nicht zur Schaffung neuen Rechts die Arbeit einstellen, sondern zur Durchsetzung bestehender Rechtspositionen, zur Verteidigung der vom Arbeitgeber verletzten geltenden

65) Die Lösung des Problems der Anpassung von bestehenden Tarifverträgen an gewandelte Bedingungen liegt auf der Ebene des Tarifrechts selbst und nicht beim Streik; vgl. *Löwisch/Hartje* a.a.O. (Fn 1), 325 und *Seiter*, Streikrecht, 257

66) Beim *Bulova*-Konflikt in Neuenburg wollten die Arbeitnehmer durch die Besetzung des Werkes gerade bevorstehenden Kündigungen, bedingt durch die geplante Standortverlagerung, zuvorkommen.

67) Vgl. *U. Nef*, Aktuelle Probleme des Persönlichkeitsschutzes im arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis, ZSR NF 92, 1973, 355 ff.

68) *Rüthers*, Rechtsprobleme des betriebsbezogenen wilden Streiks, 625 ff.; verschiedene Fallgruppen führt auch *Seiter*, Streikrecht, 218, Fn 152 und 430 ff. an

Rechts- und Vertragsordnung.[69] Das in Art. 6 Abs. 4 ESCH statuierte Streikrecht ist aber ausdrücklich auf eigentliche „Regelungsstreitigkeiten"[70] beschränkt. Da nun in dem vom Expertenausschuss angeführten Beispiel das „Streikrecht" im Sinne von Art. 6 Abs. 4 ESCH gar nicht angesprochen ist,[71] kann sich insoweit auch nicht die Frage der rechtlichen Gleichstellung von gewerkschaftlich geführtem und wildem Streik stellen. Ist nun bei gerichtlich durchsetzbaren Ansprüchen ein Streikrecht ausgeschlossen, so besteht kein Grund, die vom allgemeinen Obligationenrecht beherrschten Durchsetzungsmöglichkeiten den Arbeitnehmern neben dem Rechtsweg vorzuenthalten. Es kann sich hier gleichermassen um die zulässige kollektive Ausübung des Instituts der Kündigung wie des individuellen Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitnehmers bei rechtswidrigem Verhalten des Arbeitgebers handeln. Letzteres ergibt sich im schweizerischen Recht aus Art. 83 Abs. 1 oder Art. 324 bzw. Art. 337 OR (Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund).[72] Demnach liegt kein Streik vor, wenn die Arbeitnehmer erkennbar nur wegen

69) Zur begrifflichen Unterscheidung von Streik und kollektivem Zurückbehaltungsrecht vgl. *Moll*, Zum Verhältnis von Streik und kollektiv ausgeübten Zurückbehaltungsrechten, RdA 1976, 100 ff. und auch *Seiter*, 437 ff.

70) Ebenso die Aussage des Expertenausschusses, Conclusions I, 39

71) Die gegenteilige, vom Expertenausschuss hier im Hinblick auf die Zulässigkeit von Streiks, die sich gegen rechtswidrige Massnahmen des Arbeitgebers richten, geäusserte Auffassung scheint wesentlich von der in Frankreich herrschenden Doktrin und Praxis beeinflusst: Im Gegensatz zum deutschen Recht geht die französische Praxis davon aus, dass das Vorhandensein von Rechtsbehelfen für die betroffenen Arbeitnehmer einen „Proteststreik" gemeinsam mit nichtbetroffenen Kollegen zugunsten von Arbeitern, die rechtswidrigen Massnahmen des Arbeitgebers ausgesetzt sind, nicht unzulässig macht. Ein weit gefasster Begriff des Berufsinteresses (intérêt professionel) und die Defination des Streiks als Verteidigung gemeinsamer Berufsinteressen decken auch Streiks zur Abwehr von Rechtsverletzungen des Arbeitgebers, für die Rechtsbehelfe gegeben sind (z.B. gegen Entlassung eines Arbeitnehmers, unregelmässige Lohnzahlungen usw.); vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen von *Coester*, Drittbezogene Arbeitskampfmassnahmen in den USA, Frankreich und der BRD, in RdA 1976, 282 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Widersprüche in der Meinung der Experten werden hier offenbar. Zur unterschiedlichen Auffassung des deutschen und entsprechend des schweizerischen Rechts s.u. S. 171 und 192 f.

72) Hierzu *Zweifel*, Der wilde Streik 108 f; *Rehbinder*, 125 hält die gemeinschaftliche Ausübung des Retentionsrechtes für zulässig, wodurch den Arbeitnehmern der Vorteil des Lohnanspruchs erhalten bleibt; vgl. auch *Schluep*, a.a.O., 130, Fn 77 und *Zweifel* a.a.O. 110. Im deutschen BGB bildet § 273 Abs. 1 die Grundlage eines Retentionsrechtes; zu einzelnen Fallkonstellationen der Nichterfüllung vgl. *Söllner*, Das Zurückbehaltungsrecht der Arbeitnehmer, ZfA 1973, 5 ff.

Nichterfüllung einer Vertragspflicht die Arbeit einstellen.[73]
Zweifelhaft muss auch sein, ob entsprechend dem zweiten Beispiel des Expertenausschusses ein Arbeitgeber durch Streik gezwungen werden kann, eine Entlassung nicht vorzunehmen oder einen entlassenen Arbeitnehmer wieder einzustellen.[74] Es dürfte m.E. kaum zulässig sein, die Ausübung eines Rechts im Einzelfall unter Kampfdrohung zu verhindern, welches durch freie Vereinbarung gar nicht ausgeschlossen werden kann. Im Falle einer vorgesehenen fristlosen Kündigung würde der Arbeitgeber zu einer unzumutbaren Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gezwungen.[75] Bei ausgesprochener Kündigung steht zur Erreichung des Ziels der Wiedereinstellung der Rechtsweg offen. Die gerichtliche Kontrolle kann hier in der Überprüfung des wichtigen Grundes oder je nach innerstaatlicher Rechtsentwicklung auch in der Anwendung von Bestimmungen des sozialen Kündigungsschutzes und des Betriebsverfassungsrechts liegen. Streik ist nicht nur wegen des Vorbehalts des Rechtsweges ausgeschlossen, sondern auch dann als rechtswidrig zu qualifizieren, wenn er die durch Gerichtsurteil geklärte oder klärbare Zulässigkeit der Kündigung umzustürzen sucht.[76] Gerade in diesen Ausführungen wird nun deutlich, dass der Anwendungsbereich des auf Regelungsstreitigkeiten beschränkten Streikrechts der Sozialcharta wesentlich vom Stand der innerstaatlichen Rechtsentwicklung beeinflusst werden kann und nicht ausschliesslich von der ESCH selbst bestimmt wird.

So müsste bei Bestehen einer ausgebauten Mitbestimmung zunächst einmal geprüft werden, welche gerichtlichen Möglichkeiten bestünden, gegen die Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten vorzugehen,[77] und ob nicht wie in Deutschland gerade besondere Kampf-

73) *Moll*, Zum Verhältnis von Streik und kollektiv ausgeübten Zurückbehaltungsrechten, (Fn 69) 103; zur Frage der Weiterzahlung des Lohnes während der Arbeitsniederlegung vgl. ders. 105
74) Vgl. BAGE v. 21. 10. 1969 = AP N 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
75) *Seiter*, Streikrecht, 531
76) Vgl. *Nikisch*, Arbeitsrecht, II, 124 (1959)
77) Das deutsche Betriebsverfassungsgesetz weist z.B. vielfältige Möglichkeiten auf durch Anrufung der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren die Befolgung betriebsverfassungsrechtlicher Normen sicherzustellen; hierzu ausführlich s.u. S. 192, Fn 150

verbote zur Sicherung des Mitbestimmungsverfahrens den Vorrang des Rechtsweges besonders zu schützen geeignet sind.[78] Soweit ein Mitbestimmungsgesetz individuelle Rechte einräumt, dürfte auch entsprechend deutscher Lehrmeinung kein Grund gegeben sein, die individuelle Arbeitsverweigerung auszuschliessen.[79]

5.3.3. Unterschiedliche Ausgestaltungsbefugnis von wildem Streik und gewerkschaftlich geführtem Streik nach Art. 31 ESCH?

Nach Art. 31 darf auch Art. 6 Abs. 4 ESCH Einschränkungen nur unterliegen, „wenn diese gesetzlich vorgeschrieben sind und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherung und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind".[80]

Der Expertenausschuss hat hier ausgeführt, dass Beschränkungen des jedem Arbeitnehmer zustehenden Streikrechts im Sinne einer Schlechterstellung gegenüber dem gewerkschaftlichen Streikrecht durch keine Bestimmung der ESCH, also auch nicht durch Art. 31 gedeckt sei.[81] Kollektive Änderungskündigungen[82] wären demnach nicht als „Streikrecht" in der Interpretation des Expertenausschusses aufzufassen. Im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit eines umfassenden Beamtenstreikverbotes, hat der Expertenausschuss die Auffassung vertreten, dass eine gänzliche Untersagung für alle Beamtenkategorien nicht als zum Schutze einer demokratischen Gesell-

78) Vgl. § 74 II BetrVG von 1972; hierzu *Söllner*, Arbeitsrecht, 83 f. und ausführlich *Germelmann*, Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht, Frankfurt 1972; *Blomeyer*, Die rechtliche Bewertung des Betriebsfriedens im Individual- und Betriebsverfassungsrecht, in ZfA 1972, 85 ff. und *Seiter*, Streikrecht 12, 394 ff.

79) *Sollner*, Das Zurückbehaltungsrecht der Arbeitnehmer, in ZfA 1973, 1 ff., 19 f. und *Seiter*, Streikrecht, 431, Fn 9

80) Vgl. entsprechend Art. 11 EMRK

81) Conclusions IV, 51

82) Zum Begriff der kollektiven Änderungs oder Kampfkündigung vgl. *Seiter*, a.a.O. 388. Fn 1

schaft notwendig angesehen werden könne.[83] Eine Schlechterstellung des wilden Streiks scheint der Expertenausschuss ebenfalls im Interesse einer einheitlichen internationalen Auslegung[84] nicht als nach Art. 31 „notwendige" Beschränkung des Streikrechts anzusehen.

Von *Mitscherlich*[85] wurde diese Sicht jüngst ausdrücklich geteilt, ohne dass aber genügend klare Argumente für die Unzulässigkeit einer Beschränkung des wilden Streiks dargetan wurden. *Mitscherlichs* Meinung, dass die öffentliche Ordnung durch die wilden Septemberstreiks 1969 in Deutschland nicht tangiert wurde ist genauso unbewiesen wie sie an der Wirklichkeit vorbeigeht.[86] Den wilden Streik aber, wie es *Mitscherlich* tut, gerade als „wirksames Mittel zur Wiederherstellung des durch das starre Tarifvertragssystem gefährdeten Arbeitsfriedens" zu tolerieren, heisst – wie schon ausgeführt – eine gefährliche Einbusse der unbestritten im öffentlichen interesse notwendigen Ordnungs- und Friedensfunktion des GAV in Kauf nehmen.

Die rechtsvergleichenden Ausführungen werden, entgegen *Mitscherlich*, ebenfalls keine deutlich für die Gleichstellung von wildem und gewerkschaftlichem Streik sprechenden Ergebnisse hervorbringen können.[87]
Zwar ist *Mitscherlich* zuzugeben, dass verschiedene mit der Charta vereinbare Streikrechtsbeschränkungen (wie z.B. die Aussperrung, – Ergänzung des Autors), den nichtgewerkschaftlichen Streik in stärkerem Masse treffen können als den gewerkschaftlichen Streik und hierdurch eine Privilegierung des letzteren möglich ist; inwieweit aber gerade die fehlende organisatorische Unterstützung und fehlende finanzielle Beihilfe durch die Gewerkschaften bei Aussperrungen der Nichtorganisierten streikretardierend wirkt oder nicht, ist damit nicht er-

83) Conclusions IV, 49 und die eigene Stellungnahme hierzu s.u. S. 281 ff.
84) Vgl. Rapport sur le contrôle de l'application de la Charte sociale européenne (Doc. 2943) vom 29. 4. 1971, 6 f.
85) *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 133 ff.
86) *Ruthers*, Rechtsprobleme des tarifbezogenen Streiks, 2122 und *Seiter*, Streikrecht 214, 222 f.
87) Vgl. s.u. S. 176 ff.

wiesen und auch kaum zu beweisen.

Eine rechtliche Beschränkung des wilden Streiks aufgrund von Art. 31 ESCH auf eine Streikfreiheit, wie sie die h.M. der deutschen Lehre befürwortet,[88] sieht *Mitscherlich* allein dann als vertretbar an, wenn im Zusammenhang mit dem wilden Streik bestehende Probleme nicht anders gelöst werden können. Als solches schwerwiegendes Problem wird dabei gerade auch von ihm die einzelvertragliche Friedenspflicht genannt.[89] Der genannte Autor ist dabei aber der Auffassung, dass der Gesetzgeber unbeeinträchtigt von Art. 31 befugt wäre, eine solche Pflicht einzuführen und Voraussetzungen wie Folgen detailliert zu regeln. Unbeantwortet bleibt aber, auf welche der kollektivvertraglichen Friedenspflicht entsprechende Legitimation sich die generelle einzelvertragliche Friedenspflicht stützen sollte und welches Aussehen sie im Einzelnen aufweisen würde. Die von *Mitscherlich* angegebene Lösung, die bestehende verbandliche, tarifliche Friedenspflicht auch auf die einzelnen organisierten Arbeitnehmer entsprechend dem schwedischen Vorbild auszudehnen, vermag nicht die Problematik von wilden Streiks nichtorganisierter Arbeitnehmer zu verringern. Auch der Hinweis *Mitscherlichs*, mit Hilfe einer „cooling-off-period" den Ausbruch spontaner Streiks zu verhindern,[90] spielt zwar richtigerweise auf die Notwendigkeit an, auch den wilden Streik erst nach Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten zuzulassen, kann aber auf das Problem der einzelvertraglichen Friedenspflicht keine voll befriedigende Antwort geben.

Der enge Zusammenhang von Streikrecht und Friedenspflicht, welcher auch in der ESCH zum Ausdruck kommt, sowie das den gesetzlichen Wertungen entspringende Interesse des schweizerischen Gesetz-

88) Vgl. *Löwisch/Hartje*, a.a.O., (Fn 1), 327; *Rüthers*, Rechtsprobleme, JZ 1970, 625 ff. und DB 1970, 2120 ff.; ebenso *Seiter*, Streikrecht, 199 ff., 225 f.

89) *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 136

90) *Mitscherlichs* Lösung hätte allerdings den Vorteil, dass hier, ähnlich wie bei einer Streikfreiheit die Kündigungsfrist, eine gesetzliche Stillhalteperiode eine den Arbeitskampfausbruch verzögernde Funktion ausüben könnte, ohne die beschriebenen Nachteile einer Streikfreiheit zu teilen.

gebers an einer Stärkung der Gewerkschaften und ihres Instrumentariums im Interesse der Tarifautonomie müssen m.E. für die zulässige Beschränkbarkeit des wilden Streiks nach Art. 31 auf die Kampfkündigung sprechen. Das bekannte Argument, dass nur bei gewerkschaftlicher Streikführung die notwendigen Stellen zur Gewähr der Einhaltung der Friedenspflicht vorhanden sind, hat seinen Gehalt nicht verloren; zu bedenken wäre auch, dass, selbst bei statuierbarer einzelvertraglicher Friedenspflicht, ein Rechtsverstoss Schadenersatzprobleme aufwerfen würde, von denen der einzelne Arbeitnehmer im Gegensatz zur Gewerkschaft regelmässig überfordert würde.[91)]

Dass nun der Expertenausschuss selbst in der Auslegung mehrerer Bestimmungen, so insbesondere Art. 6 Abs. 2-4 ESCH, der tatsächlich in einem Lande bei der Erfüllung der Sozialpostulate geübten Praxis wesentliche Bedeutung für die Vereinbarkeit einer Regelung mit der ESCH zumisst und damit einen gewissen innerstaatlichen Ermessensspielraum gewährt, kann nicht geleugnet werden.[92)] Auch den innerstaatlichen Ausübungsmodalitäten eines Rechts auf ein gerechtes Arbeitsentgelt, zu welchem sich das Streikrecht im Verhältnis von Mittel und Zweck verhält, kann ein Spielraum für den innerstaatlichen Gesetzgeber entnommen werden.[93)] Art. 31 ESCH lässt ebenfalls schon nach dem Wortlaut einen weiten Ermessensspielraum für die Beschränkung der in der ESCH enthaltenen Rechte durch den nationa-

91) Eine Rechtsordnung kann überdies zur Erfüllung des Schutzanspruchs der Arbeitnehmer verschiedene Instrumente bereithalten oder entwickeln (wie z.B. eine rahmenrechtlich festgelegte und in der GAV-Ordnung konkretisierte Mitbestimmungsordnung usw. vgl. s.u.S. 221 ff.), welche ein wildes Streikrecht durch Rückbildung auf den Rechtsweg erübrigen und die Grundrechtsbeschrankung „kompensieren". Zum Begriff der "Kompensation" s.u. S. 192 Fn 153

92) Vgl. Conclusions I, 36, 38, 40. Dieser nationale Regelungsspielraum wird ausdrücklich in den Betrachtungen *Kahn-Freunds* zur ESCH bestatigt, Some reflections, 135: Im von Art. 6 ESCH gebrauchten Ausdruck „favoriser" komme ein Regelungsraum des nationalen Gesetzgebers zum Tragen, der sich in der Wahl zwischen gesetzgeberischen und anderen Massnahmen (z.B. GAV) zur Erfüllung der Verpflichtungen der ESCH ausdrücke.

93) „Die Ausübung dieser (in Art. 4 genannten) Rechte ist durch frei geschlossene GAV, durch gesetzliche Verfahren der Lohnfestsetzung oder auf jede andere den Landesverhältnissen entsprechende Weise zu gewährleisten".

len Gesetzgeber erkennen.[94] Art. 31 enthält aber gleichwohl eine eigentliche Wesensgehaltsgarantie[95] des Streiks, deren Konturen durch die Kontrollorgane der ESCH näher abzustecken sind.

Entgegen der Auffassung des Expertenausschusses und von *Mitscherlich* besteht nun auch in den verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedsländer des Europarates keine Einheitlichkeit zum Problem des wilden Streiks, so dass schon aus diesem Grunde eine Beschränkung zum „Schutze einer demokratischen Gesellschaft" nach Art. 31 als nicht notwendig empfunden werden müsste.

5.3.4. Uneinheitliche Rechtslage des wilden Streiks in verschiedenen Signatarstaaten der ESCH [96]

Bezieht man die Stellungnahme verschiedener anderer Rechtsordnungen von Westeuropa (ausser BRD) zum nichtgewerkschaftlichen Streik in die Wertung der Aussagen des Expertenausschusses mitein,[97] so fällt auf, dass die Rechtslage noch sehr uneinheitlich ist. Neben der französischen und italienischen Rechtsordnung, welche den wilden Streik grundsätzlich als Individualrecht des Arbeitnehmers für legal halten, stehen verschiedene andere Länder, welche zwar nicht alle, wie die BRD ein Verbot des wilden Streiks vorsehen, aber doch eine rechtliche Schlechterstellung des wilden Streiks gegenüber dem gewerkschaftlichen Streik kennen. Der Expertenausschuss kritisierte allein die Rechtslage in der BRD. Daneben gibt es aber noch andere Länder, wie z.B. Österreich, das Art. 6 Abs. 4 nicht ratifiziert hat und die Türkei, welche ein Verbot des wilden Streiks kennen.

94) So z.B. *Bleckmann*, Interprétation, 395
95) *Bleckmann* ebd., 396
96) Vgl. hierzu die rechtsvergleichenden Referate in RdA 1970 und in „Streik und Aussperrung", Protokoll; im weiteren *Kahn Freund*, Le droit de grève, 5 ff. und *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 124 ff.
97) Der Expertenausschuss hat selbst diese Methode zur Stützung seiner Interpretation herangezogen, siehe Conclusions IV, 49

In Schweden ist nun zwar ein nichtgewerkschaftlicher Streik grundsätzlich ebenso anerkannt wie ein gewerkschaftlicher Streik. Die Regelung von Interessenkonflikten, die nicht einer kollektivvertraglichen Friedenspflicht unterstehen, ist entsprechend der in Schweden, Norwegen und Dänemark vergleichbaren Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden, von der Zustimmung der Gewerkschaft abhängig. Das Streikrecht wird also praktisch den Gewerkschaften vorbehalten.[98] Dieser Rechtslage entspricht auch ein neuester Entscheid des obersten schwedischen Gerichtshofs, in welchem mehrere unorganisierte Teilnehmer an einem nichtgewerkschaftlichen Streik zu Schadenersatz verurteilt wurden. Das Gericht vertrat hierbei die Auffassung, dass die Rechtsordnung im Prinzip Abstand von Streiks nehmen müsse, die nicht von einer Fachvereinigung oder ähnlichen Arbeitnehmervereinigung angeordnet werden.[99] Nichtgewerkschaftliche Streiks wären also nur nach Einhaltung der Kündigungsfristen zulässig. In Dänemark und Norwegen ist ebenfalls ein nicht von den Sozialpartnern geführter Streik nur dann rechtmässig, wenn die individualrechtlichen Kündigungsfristen eingehalten werden.[100]

Durch den Industrial Relations Act von 1971 wurde in England ebenfalls der wilde Streik erschwert. So sah Art. 96 alle Massnahmen von Arbeitnehmern, andere Arbeitnehmer zum Bruch ihres Arbeitsvertrages zu bewegen, als „unfair industrial practice" an, wenn das handelnde Subjekt nicht selbst eine eingeschriebene Gewerkschaft ist oder der Arbeitnehmer mit Zustimmung der Gewerkschaft handelt. In der Praxis war das Streikrecht damit weitgehend zum Privileg der Gewerkschaften geworden.[101] Diese Rechtslage wurde aber vom Expertenausschuss nicht kritisiert. Der Trade Union and labor relations act von 1974 hob verschiedene Bestimmungen des Gesetzes von 1971,

98) Auch *Kahn-Freund*, Le droit de grève, 8; siehe auch *F. Schmidt*, Der wilde Streik im schwedischen Recht, RdA 1970, 345

99) Urteil des Högsta domstolen v. 31. 1. 1974, zitiert nach *Mitscherlich*, a.a.O. 128

100) Zu Dänemark und Norwegen vgl. ebenso *Kahn – Freund*, Le droit de greve, 8 und *Mitscherlich*, ebd.

101) Vgl. *Kahn-Freund*, Le droit de grève, 7; vgl. auch *Kitchen*, Streik und Aussperrung in Grossbritannien, „Streik und Aussperrung", Protokoll, 281 ff.

u.a. die vorgenannte, wieder auf. Dies kann jedoch nicht verdecken, dass auch nach der Rechtslage vor dem Erlass des IRA von 1971 an den wilden Streik besondere Voraussetzungen gestellt wurden. So hatte man für die Rechtmässigkeit insbesondere eine „due strict notice" vorgesehen, welche regelmässig den Kündigungsfristen entsprach.[102)]

Die divergierenden Meinungen, welche zwischen dem Regierungsausschuss und dem Expertenausschuss in der Frage der Bewertung der irischen Rechtslage auftauchten, wurden schon oben dargestellt.

Diese kurzen rechtsvergleichenden Bemerkungen sollen hier genügen; sie machen deutlich, dass die europäische Rechtssituation noch weit davon entfernt ist, eine einheitliche Meinung, von der auch der Expertenausschuss hätte ausgehen können, auszubilden. Ein auf Gleichstellung von wildem und gewerkschaftlichem Streik zielendes Ergebnis lässt sich nicht feststellen.
Es kann demnach einer Rechtsordnung wie der schweizerischen, welche der Tarifautonomie besondere Beachtung schenkt, zum Schutze der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht verwehrt sein, den Nichtorganisierten nur das Mittel der Kampfkündigung zur Durchsetzung einzelvertraglicher Ziele zur Verfügung zu stellen, soweit nicht überhaupt schon bestehende oder zu schaffende Rechtsbehelfe eine Anwendung von Kampfmassnahmen ausschliessen.

102) Vgl. zu den neuen Bestimmungen des Trade Union and Labor Relations Act von 1974 *Vollmer*, Arbeitsrechtliche Entwicklungen in Grossbritannien, Deutsches Bundesarbeitsblatt 1974, 624 ff. und *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 73 f. und 132

5.4. *Vor- und Nachteile eines „Aussenseiterstreikrechts" – Stellungnahme zum Arbeitskampfmodell von Seiter*

5.4.1. Gründe für ein „individuelles Streikrecht mit kollektiver Bindung"

Das von *Seiter* vertretene Arbeitskampfmodell findet seinen hauptsächlichen Grund in der Feststellung, dass der Arbeitskampf um einen Tarifvertrag sinnvoll nur unter Mitwirkung der Aussenseiter durchgeführt werden kann. Würde nämlich der Arbeitskampf als alleinige Angelegenheit der Organisierten angesehen, müssten die Aussenseiter ungehindert Zugang zum Betrieb haben. Damit würde aber die Rechtsordnung der Arbeitgeberseite eine Durchhaltetaktik unter teilweiser Aufrechterhaltung der Produktion gestatten und gleichzeitig gegen das „Neutralitätsgebot" verstossend in das Kampfgeschehen zum Nachteil der Arbeitnehmer eingreifen.[103] Umgekehrt wäre es dem Arbeitgeber oft unmöglich, die Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen und es müsste der Lohn weiterbezahlt werden, was die Kampflast zuungunsten der Arbeitgeber verschieben würde.

Im weiteren würde auch ein Arbeitskampfmodell, welches den Aussenseitern nicht Rechnung tragen würde, die Tatsache übersehen, dass diese zwar von den Lasten eines Kampfes befreit sind, gleichwohl aber in der Regel am Kampferfolg beteiligt werden. Die Befreiung von den Kampflasten müsste sich aber als wirksamer Grund erweisen, einer Gewerkschaft nicht beizutreten.[104] Der Gesetzgeber dürfte im Interesse einer funktionsfähigen Tarifautonomie das Arbeitskampfrecht aber nicht so ausgestalten, dass der Bestand der Gewerkschaften selbst tangiert würde.[105]

103) *Seiter*, Streikrecht, 39 f.
104) *Seiter*, ebd.
105) Zu diesen koalitionspolitischen Bedenken *Seiter*, 40 und ders., 348 f.

Einen weiteren rechtstatsächlichen Grund für eine Einbeziehung der Aussenseiter in die rechtliche Ordnung der Kampfinstrumente sieht *Seiter* auch im durchaus vorhandenen Interesse der Aussenseiter, am Kampfgeschehen überhaupt aktiv teilzunehmen.[106]

Die dogmatische Rechtfertigung kann nun aber gemäss *Seiter* ein auch auf die Aussenseiter abstellendes Arbeitskampfmodell nicht wie beim Streikrecht der organisierten Arbeitnehmer in der Theorie der „Offenheit" des Arbeitsvertrages gegenüber den Tarifnormen finden, denn deren Arbeitsverträge unterstehen nicht der unabdingbaren Wirkung des Tarifvertrages. Diese dogmatische Lücke könne aber dadurch gefüllt werden, dass man von einem in Art. 6 Abs. 4 ESCH verankerten, jedem Arbeitnehmer zustehenden, subjektiv-privaten Streikrecht[107] ausgeht.
Im Gegensatz zur in Deutschland herrschenden „kollektiven Rechtfertigungstheorie"[108] soll damit der Arbeitnehmer Träger seines Streikrechts bleiben; auch die Suspendierung der Arbeitspflicht des Verbandsmitgliedes soll nicht gegen seinen Willen herbeigeführt werden können.[109] Die „negative Arbeitskampffreiheit"[110] bliebe gewahrt. Allein die positive Ausübung des subjektiv-privaten Streikrechts der Verbandsmitglieder wie der Aussenseiter wäre, entsprechend der in Deutschland sowohl aus der ESCH wie auch Verfassung und Gesetzgebung fliessenden Wertentscheidung, für die Zuordnung des Arbeitskampfes zum Tarifrecht, an die „Mitwirkung" der Gewerkschaft gebunden.[111] Ein solches „individuelles Streikrecht mit kol-

106) *Seiter*, Streikrecht 40
107) Die Definition dieses Rechts betrifft bei *Seiter* nur die privatrechtliche Wirkung auf das Arbeitsverhältnis; *Seiter* lehnt sich in seiner Streikkonzeption an *Otte*, Das subjektiv-private Streikrecht an
108) Vgl. zur Kritik derselben: *Seiter*, Streikrecht, 21 ff.
109) Zur dogmatischen Rechtfertigung eines individuellen Streikrechts in einer auf Art. 9 Abs. 3 GG basierenden Kampfkonzeption vgl. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 126 ff., 137, 145 ff. und entsprechend *Seiter*, Streikrecht, 86 f.
110) Hierzu *Seiter*, a.a.O. 104 ff., 510 f.
111) Zur grundsätzlichen Konzeption und zur privatrechtsdogmatischen Durchführung vgl. *Seiter*, a.a.O. 40 f., 198, 225 f., 227 ff., 249 ff.

lektiver Bindung" würde auch den Anforderungen der ESCH entsprechen.[112)]

Von einem grossen Teil der deutschen Lehrmeinung wird denn auch die privilegierte Teilnahme der Aussenseiter am gewerkschaftlich geführten Streik nicht abgelehnt.[113)] Sei nun aber den Aussenseitern das Streikrecht zuzugestehen, und machten diese regelmässig zusammen mit den Gewerkschaftsmitgliedern hiervon Gebrauch, so dürften sie, wie es auch das BAG betont hat, entsprechend den organisierten Arbeitnehmern[114)] auch ausgesperrt werden.

5.4.2. Gegenteilige Auffassungen: Insbesondere ablehnende Stellungnahmen zur Aussperrung von Aussenseitern

Seiter vertritt ein Arbeitskampfmodell, in welchem den Aussenseitern die gleichen Kampfmöglichkeiten eingeräumt werden wie den Mitgliedern der kampfführenden Gewerkschaft, in dem sie aber, jedenfalls wenn sie in den Genuss von Kampferfolgen kommen, auch ausgesperrt werden können.

Der Zulässigkeit von Aussperrungen nicht- oder andersorganisierter Arbeitnehmer wurde aber verschiedentlich in der deutschen und schweizerischen Lehre widersprochen.

So wird zunächst einmal vorgebracht, eine Belastung zumindest der arbeitswilligen Nichtorganisierten mit Gegenmassnahmen des Arbeitgebers käme schon deshalb nicht in Frage, weil der Kampferfolg kraft tarifvertraglicher Unabdingbarkeit nur den Organisierten zugute kom-

112) So *Seiter*, ebd. z.B. 192 ff., 344
113) Vgl. die Angaben bei *Seiter* 40, Fn 81; *Seiter* bemangelt aber gerade die rechtsdogmatische Begründung dieses Ergebnisses.
114) Vgl. BAGE 20, 175 = AP N 13 zu Art. 9 GG und BAGE 23, 310; zu dieser Rechtsprechung vgl. *Schluep*, Überbordungsgefahren, 126

men könne.[115] *Seiter* hält aber entgegen, dass für die tatsächliche Gleichstellung der Aussenseiter mit den Organisierten eine so hohe Wahrscheinlichkeit spreche, dass sie einer rechtlich angeordneten Gleichstellung sehr nahe komme.[116]

Darüberhinaus wird nun einer die Aussperrung der Aussenseiter bejahenden Auffassung vorgeworfen, sie würde den Gedanken der Solidarität dadurch zum Rechtsprinzip erheben, dass sie von der unbewiesenen Tatsache ausgehe, alle Arbeitnehmer wollten aus Solidarität mit den Streikenden die gleichen Risiken tragen. Diesen Gedanken rechtlich zu fixieren, müsste aber den Klassegedanken als arbeitsrechtliches Prinzip verankern.[117] Ein Arbeitnehmer, welcher den Streik nicht unterstützt und auch nicht dem Streikverband zugerechnet werden kann, dürfe auch nicht mit den Streikenden „zwangsweise solidarisiert" werden.[118]

Die Belastung der Aussenseiter mit Kampfmassnahmen der Gegenseite, insbesondere der kampfunwilligen Arbeitnehmer, stosse sich denn auch an der negativen Koalitions- bzw. Arbeitskampffreiheit.[119] Werde diese als Freiheit von Beeinflussung durch die Koalition verstanden, so müsse doch auch der arbeitswillige Aussenseiter von den Kämpfen derselben verschont bleiben.

Durch den Hinweis auf die negative Koalitionsfreiheit sollte gerade jenen Meinungen die Spitze genommen werden, welche die Ausdehnung des Kampfrahmens mit der Idee der gewerkschaftlichen Repräsentanz aller Arbeitnehmer rechtfertigen wollten. Gegenmassnahmen des Arbeitgebers, welche den Arbeitnehmer belasten, seien vielmehr

115) *Richardi*, Beschluss, 337; ebenso *Schluep*, Überbordungsgefahren, 125
116) *Seiter*, Streikrecht, 345 und 39
117) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 125
118) *Biedenkopf*, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1970, 21; ausdrücklich auch *Richardi*, Beschluss, 337 f. und für die Schweiz: *Schluep*, Überbordungsgefahren, 125; *Seiter*, Streikrecht 349 vermag dieses Argument nicht zu entkräften.
119) *Biedenkopf* und *Richardi* a.a.O.; vgl. auch *Wiedemann*, RdA 1969, 326 und die Auseinandersetzung von *Seiter*, 347 f. mit diesem Argument

schlechthin unvereinbar mit dem Verständnis einer negativen Koalitionsfreiheit. Rechtliche Beteiligung am Kampferfolg und an der Kampfwillensbildung seien als Kompensation für die Belastung mit den negativen Folgen von Arbeitskämpfen allein durch Gewerkschaftsbeitritt möglich.[120]

Ein anderes Gegenargument stellt darauf ab, dass es in Deutschland den Tarifparteien verwehrt ist, im Tarifvertrag eine „Differenzierungsklausel" gültig zu vereinbaren, welche den Gewerkschaften und ihren Mitgliedern bestimmte Sondervorteile sichern soll.[121] Da die Gewerkschaft aber rechtlich keinen Ausgleich dafür verlangen kann, dass sie in den erkämpften Tarifverträgen auch Daten für die Nichtorganisierten setzt, kann diese Tatsache auch im Arbeitskampfrecht nicht entsprechend berücksichtigt werden. Nach *Richardi* bedeutet es eine erhebliche (finanzielle) Belastung der Gewerkschaft, wenn sie einen Streik nicht beschränkt auf ihre Mitglieder führen kann.[122]

5.4.3. Eigene Stellungnahme

Der Gedanke des gerechten Vorteilsausgleichs durch „Unkosten- oder Solidaritätsbeiträge", welche die Nichtorganisierten via Arbeitgeber an die Gewerkschaften entrichten, bildet einen wichtigen Bestandteil der neueren GAV-Praxis in der Schweiz. Die sich mit der Einführung des Anschlussvertrages stellende Frage, ob ein Anschluss zulässigerweise von der Entrichtung eines Solidaritätsbeitrages abhängig gemacht werden könne, wurde zunächst in der Rechtsprechung des BGer bejaht[123] und schliesslich von der Gesetzgebung ausdrücklich übernommen.[124]

120) *Biedenkopf* a.a.O., (Fn 118)
121) Vgl. BAGE 20, 175 = AP N 13 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
122) *Richardi* a.a.O., (Fn 118)
123) BGE 74 II 158 und 75 II 305; hierzu ausführlich *Kreis*, Der Anschluss eines Aussenseiters an den GAV, Zürich 1973, 192 ff.
124) Vgl. das BG vom 28. 9. 1956 über die AVE von GAV Art. 2 und Art. 3 Abs. 2 wie auch Art. 356b Abs. 2 OR; hierzu *Zanetti*, Gewerkschaftsfreiheit, 84 ff. und *Rentsch* Geltungsbereich, 71 ff.

Bei dieser Sachlage wäre es durchaus denkbar, den Ausgleich der tatsächlich auch den Nichtorganisierten gewährten Vorteile eines abgeschlossenen GAV durch ein die Aussenseiter miterfassendes Arbeitskampfmodell und damit auch durch die mögliche Aussperrung derselben realisieren zu wollen.[125)]

Es stellt sich aber die Frage, ob nicht den von *Seiter* gegen ein auf die Organisierten beschränktes Arbeitskampfmodell vorgebrachten koalitionspolitischen Bedenken genügend durch den schon heute praktizierten vertraglichen Vorteilsausgleich entsprochen werden kann und die Notwendigkeit eines Aussenseiterstreik- und Aussperrungsrechts entfällt. Durch die Möglichkeit, die Organisierten und Nichtorganisierten unterschiedlich zu behandeln, bleibt m.E. nicht nur der Anreiz zum Eintritt in die Gewerkschaft[126)] erhalten, der Verzicht auf ein Aussenseiterstreikrecht hätte gleichzeitig den Vorteil, die Nichtorganisierten eines rechtlich nicht einmal abgesicherten vertraglichen Vorteils wegen nicht noch doppelt belasten zu müssen. Vertraglich vereinbarter finanzieller Vorteilsausgleich und die mögliche Belastung der Nichtorganisierten mit Kampfmassnahmen des Arbeitgebers würden nicht zur Gleichstellung von Organisierten und Nichtorganisierten beitragen. Vielmehr wäre eine Schlechterstellung der Nichtorganisierten die Folge, welche in der unterschiedlichen finanziellen Belastung dieser Arbeitnehmerkategorien im Arbeitskampf begründet liegt. Hierauf ist nun einzugehen:

Im Gegensatz zu den organisierten Arbeitnehmern haben die Nichtorganisierten im Arbeitskampf keinen Anspruch auf Streikunterstützung. Da die Gewerkschaft im Hinblick auf die Nichtorganisierten

125) Auch von seiner dogmatischen Zielsetzung her wären gegenüber dem Modell von *Seiter* keine grundsätzlichen Einwände zu erheben; der schweizerischen Rechtsordnung ist aber z.B. in den Instituten des Anschlussvertrages und des zugelassenen Anschlusszwanges wie auch der AVE von GAV die tragende Idee zu entnehmen, dass Störungen der GAV-Ordnung durch Aussenseiter gerade verhindert und nicht noch durch ein Streikrecht gefördert werden sollen; diese Zielsetzung heben z.B. *Schweingruber/Bigler*, Kommentar zum GAV, 26 und *Rentsch*, Geltungsbereich, 71 hervor.

126) Zur organisationspolitischen Zielsetzung von „Differenzierungsklauseln" vgl. *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967, 17 ff.

nicht verpflichtet ist, ihren finanziellen Einsatz zu erhöhen, wird auch der Arbeitgeber im Regelfalle mit der Aussperrung der Nichtorganisierten sein Ziel nicht erreichen. Zwar vermag einmal der geringe Organisationsgrad in einer Branche die Gewerkschaft dazu zu bestimmen, auch das Verhalten der Nichtorganisierten in ihr Kalkül miteinzubeziehen; zum andern kann der Gewerkschaft nicht daran gelegen sein, dass die Nichtorganisierten bei andauerndem Arbeitskampfe ihre Arbeit wieder anbieten müssen. Gerade aber die letztgenannte Feststellung ist nicht zwingend, denn je nach Organisationsgrad der Branche und betrieblicher Unentbehrlichkeit der streikenden organisierten Arbeitnehmer kann die Gewerkschaft durchaus damit rechnen, dass der Arbeitgeber auch die arbeitswilligen nichtorganisierten Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann.

Die Gewerkschaft ist zudem rechtlich nicht verpflichtet, Beitragsleistungen an Nichtmitglieder zu zahlen. Sie wird auch tatsächlich im Kampffalle eine Unterstützung solange wie möglich hinausschieben wollen. Die Unterstützung der Nichtorganisierten mit freiwilligen Leistungen bedeutet nämlich eine grosse Belastung, die sie regelmässig zu vermeiden sucht. Werden schon einige organisierte Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen den Betrieb lahmlegen können, so wird die Gewerkschaft regelmässig diese Kampftaktik wählen. Diese und andere Kampftaktiken (z.B. der Schwerpunktstreik) zeigen deutlich, dass nicht generell von der Tatsache ausgegangen werden kann, eine erfolgreiche Streikdurchführung könne nur mit aktiver Streikbeteiligung der Aussenseiter erreicht werden.[127)]

Die Gewerkschaften sehen häufig in ihren Reglementen vor, dass die Zahlung von Streikunterstützung nur bei Gewerkschaftsbeitritt in

127) Dies muss selbst *Seiter*, Streikrecht 38 im Widerspruch zur sonst formulierten Auffassung bestätigen.

Frage komme.[128] Angesichts dieser Sachlage kann auch tatsächlich damit gerechnet werden, dass die nichtorganisierten Arbeitnehmer unter dem Druck der Gegenmassnahmen des Arbeitgebers sich zumindest teilweise der Gewerkschaft anschliessen würden.[129] Ein wirtschaftlicher Zwang zum Gewerkschaftsbeitritt kann aber mit einer negativen Koalitionsfreiheit nicht vereinbar sein.

Ob sich nun die Gewerkschaft in Einzelfällen doch zur Zahlung von Unterstützung an Nichtorganisierte bereiterklären könnte, kann kaum prognostiziert werden. Der gewerkschaftliche Entscheid müsste jedenfalls von der Dauer des Arbeitskampfes, dem Organisationsgrad in der betreffenden Branche und der Kampftaktik bestimmt werden. Es muss also davon ausgegangen werden, dass eine Aussperrung der Nichtorganisierten insbesondere der Arbeitswilligen zu einem Einkommensdefizit derselben führen würde, welches bei den Organisierten nicht in gleichem Masse besteht.[130] Die Aussperrung der Nichtorganisierten müsste eine soziale Härte bedeuten.[131]

Wenn *Seiter*[132] nun selbst im Falle der gegen ihren Willen erfolgten Einbeziehung der Aussenseiter in die Aussperrung die Abwägung zwi-

128) So schreiben die „Richtlinien über das Verhalten bei Arbeitskonflikten" der Gewerkschaft Bau und Holz v. 1. 1. 1975 vor: „Art. 2 Abs. 2: Arbeitnehmer, welche der GBH noch nicht angehören, sich jedoch mit den Streikenden solidarisch erklären, haben unverzüglich der GBH beizutreten und sich für eine mindestens zweijährige Mitgliedschaft zu verpflichten, sofern sie die Streikunterstützung beziehen wollen". Auch der Entwurf des SMUV betreffend die Revision des Streikreglements über die Streikunterstützung von 1949 sieht keine Unterstützung wilder Streikenden vor, sondern will gerade die Organisierten vor den negativen finanziellen Auswirkungen wilder Streiks schützen; vgl. SMUV-Z vom 26. 1. 1977

129) Vgl. *Evers*, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, Hamburg 1969, 70 und *Raiser*, Aussperrung, 89; ebenso auch *Biedenkopf*, Betriebsrisikolehre, a.a.O. (Fn 118), 21 ff.; selbst *Seiter*, a.a.O. 40 betont die Wichtigkeit der finanziellen Unterstützung für den Gewerkschaftsbeitritt.

130) Hier kann auch das Argument *Seiters* nicht durchdringen, dass die Nichtorganisierten von den Gewerkschaftsbeiträgen befreit seien.

131) *A.A. Raiser*, Aussperrung, 77, der diese Schwäche als notwendige Folge des Entschlusses ansieht , der Gewerkschaft fernzubleiben; ebenso auch *Löwisch*, Übermassverbot, 330

132) *Seiter*, Streikrecht 348 f.

schen Koalitionsbestandesgarantie und negativer Koalitions- und Streikfreiheit[133] empfiehlt, so scheint auch er gewisse Zweifel an der eigenen Lösung der Streitfrage zu hegen.

Entgegen *Seiter*[134] sprechen m.E. auch Erwägungen, welche sich am Kampfgleichgewicht zwischen den Parteien orientieren, nicht von vornherein für die Ausdehnung der Arbeitskampfüberlegungen auf die Aussenseiter. Denn auch die Möglichkeit der Nichtbeschäftigung der Nichtorganisierten bei Weiterbezahlung des Lohnes stellt für die Arbeitgeber ein nicht zu unterschätzendes Risiko dar. Umgekehrt müsste sich auch nicht in jedem Falle – gerade bei einer hohen Zahl von Organisierten – die auf die arbeitswilligen Organisierten beschränkte Abwehr durch den Arbeitgeber verlustreich auswirken, denn in diesem Falle steigen auch die Chancen der Durchhaltetaktik.[135]

Solche Paritätserwägungen, welche zudem noch zur Rechtfertigung eines neuen Arbeitskampfmodells dienen, bedürften wesentlich des empirischen Nachweises, um überzeugender zu wirken.

Solange das Problem des Ausgleichs der tariflichen Vorteile von Nichtorganisierten gegenüber den Organisierten, verknüpft mit den koalitionspolitischen Überlegungen[136], auf funktionsfähige und auch tatsächlich praktizierte Weise durch eine gesamtarbeitsvertragliche Regelung gelöst und erzwungen werden kann, ist kein rechtspolitisches Bedürfnis für ein solches Arbeitskampfmodell zu erkennen.[137]

133) Die für die Abwägung geltenden Massstäbe gibt *Seiter* aber nicht an.

134) *Seiter*, Streikrecht, 346 f.

135) *Seiter* verstrickt sich selbst in Widersprüche, wenn er einerseits die mögliche Durchhaltetaktik als wesentlichen paritätswidrigen Grund für seine Arbeitskampfkonzeption anführt, zum andern aber immer wieder auf die Risiken der Nichtweiterbeschäftigung von Nichtorganisierten bei voller Lohnzahlung verweist, 39, 344 ff.

136) *Seiter* sieht diesen Grund gerade als hauptsächliche Rechtfertigung dafür an, die Aussenseiter in sein Arbeitskampfmodell miteinzubeziehen.

137) Damit unterscheidet sich aber die Rechtslage in der Schweiz wesentlich von der deutschen; entsprechend müssen auch die deutschen rechtspolitischen Vorschläge mit Vorsicht behandelt werden.

5.5. Schlussfolgerungen

5.5.1. Alternativen zum wilden Streik

In der Auslegung des Expertenausschusses fällt der nicht gewerkschaftlich geführte Streik in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 ESCH, ohne dass hier im Hinblick auf die arbeitsvertraglichen Auswirkungen vom gewerkschaftlichen Streik abweichende Ausgestaltungsmöglichkeiten deutlich würden. Die von der schweizerischen Arbeitsverfassung vorgezeichnete Arbeitskampfkonzeption würde sich insoweit in Widerspruch mit dem von der ESCH formulierten Sozialstandard setzen und eine mögliche Ratifikation wesentlich erschweren.

Die Forderung nach Gleichstellung von organisiertem und nichtorganisiertem Streik verliert nun aber wesentlich an Schärfe und Brisanz, wenn man die in der schweizerischen Praxis entwickelten oder entwicklungsfähigen verfahrensrechtlichen Alternativen zum wilden Streik näher betrachtet. Eine rechtliche Schlechterstellung des wilden gegenüber dem gewerkschaftlich organisierten Streik, wenn auch nicht ein Verbot des wilden Streiks, müsste m.E. insofern mit der ESCH vereinbar sein, als durch kollektivvertragliche Massnahmen der gleiche soziale Schutzzweck erfüllt werden kann wie durch ein allen Arbeitnehmern zustehendes Streikrecht. Selbst der Expertenausschuss hat im Hinblick auf die Suspendierungsproblematik bekanntlich ein in seinen Wirkungen auf das Arbeitsverhältnis beschränktes Streikrecht hingenommen, wenn die tatsächlich in einem Lande auch durch GAV geübte Praxis einem suspendierenden Streikrecht vergleichbare Vorteile bieten könne.[138)] In Art. 4 ESCH wird zudem ausdrücklich festgehalten, dass die Ausübung des Rechts auf ein gerechtes Arbeitsentgelt, zu dessen Sicherung auch das Streikrecht beitragen soll, entspre-

138) Vgl. Conclusions I, 40 und s.o. S. 82

chend den Landesverhältnissen[139] auch durch frei geschlossene Gesamtarbeitsverträge gewährleistet werden kann. Mehrfach kommt in der ESCH auch die hervorgehobene Stellung des GAV, welche sicherlich durch wilde Streiks nicht beeinträchtigt werden dürfte, darin zum Ausdruck, dass die Erfüllung eines Schutzanspruchs der ESCH durch GAV als mit der ESCH vereinbar angesehen wird.[140]

Zunächst kann dem einem wilden Streik zugrundeliegenden Motiv der vorzeitigen Anpassung der Tarifordnung an die bestehenden Lebenshaltungskosten und vor allem an eine anhaltende Teuerung dadurch Rechnung getragen werden, dass der GAV selbst entsprechend flexibel gestaltet wird. So besteht in der Schweiz eine seit Jahren an Bedeutung zunehmende GAV-Praxis, welche die Möglichkeit der Lohnindexierung in den verschiedensten Formen vorsieht.[141] So gibt es GAV mit sog. „Verhandlungsklauseln", welche die Aufnahme von Lohnverhandlungen ohne Vertragskündigung erlauben, wenn die Konsumentenpreise eine Änderung erfahren haben. Die meisten GAV enthalten dabei keine bestimmte Verhandlungsgrenze; es wird lediglich bestimmt, dass bei Indexänderung über die Anpassung der Löhne verhandelt werden soll.

Bei den Verträgen ohne Verhandlungsklauseln sind die Arbeitgeber verpflichtet, die Löhne automatisch den Änderungen der Konsumentenpreise anzupassen. Man spricht hier von „Gleitlohnklausel" und

139) Hierdurch wird der nationalen Rechtsordnung ein erheblicher Spielraum in der Ausgestaltung der Massnahmen zur Verwirklichung von Art. 4 und implicit von Art. 6 Abs. 4 ESCH belassen. Entgegen der ansatzweisen Berücksichtigung dieses Kriteriums im Expertenausschuss hat der Regierungssozialausschuss diesen Gedanken zu einem Grundprinzip seiner Interpretation der ESCH erhoben (s.o. S 160).

140) Vgl. insbesondere Art. 33 ESCH; die in Art. 33 durch GAV durchführbaren Bestimmungen können nicht abschliessend aufgezählt sein, denn Art. 4 und Art. 6 Abs. 2 enthalten ausdrücklich den Hinweis auf die Erfüllung durch den GAV.

141) Vgl. „Die Volkswirtschaft", 1957, 576 ff.; Die Indexklausel in den GAV; Die Teuerungsklauseln in den GAV a.a.O., 1975, 455 f. Generell zu diesem Problem *Tomandl*, Grundprobleme, 205; *Rüthers*, DB 1970, 2124 und *Schweingruber*, Kommentar zum GAV, 62. Zum Umfang der Lohnindexierung in der Europäischen Gemeinschaft, Bericht über die soziale Lage, 1975, 107 ff.

„Lohnautomatik". Dass nun gerade in Zeiten der Rezession die automatische Lohnanpassung auch ihre spezifische volkswirtschaftliche Problematik aufweist und sich zudem zuungunsten des Arbeitnehmers auswirken kann, ist nicht zu verkennen.[142] Dennoch bedeutet die Indexklausel ein nicht zu unterschätzendes Instrument zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und zur Sicherung des sozialen Friedens.[143]

Die schweizerische Rechtsordnung kennt im Gegensatz zu den umliegenden Ländern zur Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches des GAV das Institut des Anschlussvertrages (Art. 356b OR)[144] und lässt im Unterschied zum Organisationszwang auch den Anschlusszwang zu.[145] Soweit damit die Nichtorganisierten nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich an den tariflichen Vorteilen partizipieren, ist auch hier die Motivation zu wilden Streiks weitgehend ausgeschaltet. Zur präventiven Sicherung dieser gesamtarbeitsvertraglichen Ordnung vor Durchbrechung mittels wilder Streiks sind verschiedene Möglichkeiten denkbar: Zur Ergänzung der in Art. 357a Abs. 2 OR umschriebenen verbandlichen Friedenspflicht könnten die einzelnen organisierten Arbeitnehmer entweder durch eine GAV-Klausel[146] oder durch eine gesetzlich zu schaffende Friedenspflicht[147] gebunden werden. Mittels des Anschlussvertrages bzw. durch Anschlusszwang könnten die Aussenseiter veranlasst werden, die gesamtarbeitsvertraglich umschriebenen Bedingungen zu respektieren.[148] Die

142) Hierzu Nationalrat *Eibel* in NZZ v. 20. 2. 1974 und neuerdings die rechtsvergleichenden Bemerkungen in RdA 1976, 125 f.; „Lohngleitklauseln und Inflation".

143) Das Institut der Verhandlungsklausel hat m.E. den grossen Vorteil, dass die Gespräche über die weitere Durchführung des GAV in die laufende GAV-Periode hineinverschoben werden, wodurch die Gefahr eines vertragslosen Zustandes bzw. einer Nichterneuerung des GAV beträchtlich gemindert wird. Ähnlich liegen übrigens auch die Vorteile einer „cooling-off-period". - Zur flexiblen Handlungsweise des SMUV im Hinblick auf Forderungen nach Teuerungsausgleich vgl. Geschäftsbericht, 160 f.

144) Dieses Institut soll gerade der Sicherung der GAV vor Störungen durch Aussenseiter dienen; *Rentsch*, Geltungsbereich, 83

145) Hierzu ausführlich *Kreis*, Der Anschluss eines Aussenseiters an den GAV (Fn 123), 61 ff., 151 ff.

146) *Schweingruber*, Kommentar zum GAV, 69

147) Zu einer solchen Regelung im schwedischen Recht *F. Schmidt*, RdA 1970, 345 ff.

148) *Rentsch*, Geltungsbereich, 79

schweizerische Rechtsordnung und Praxis hält damit verschiedene Mittel bereit, um der Gefährdung der GAV-Ordnung durch Aussenseiter und organisierte Arbeitnehmer zu steuern.

Die genauere Untersuchung der von den Europaratsexperten für zulässige wilde Streiks angegebenen Beispiele hat darüberhinaus gezeigt, dass Streiks mit dem Ziel, gesetz- und vertragsgemässes Handeln des Arbeitgebers durchzusetzen, aus anderen Gründen als dem Mangel gewerkschaftlicher Führung unzulässig sind.
Gerade in den Fällen wird ein auf Regelungsstreitigkeiten beschränktes Streikrecht nicht angenommen werden können, in welchen die Möglichkeit der gerichtiichen Durchsetzung eines angestrebten Zieles und möglicherweise andere kollektive Handlungsformen der Arbeitnehmer gegeben sind. Das allen Arbeitnehmern zustehende Streikrecht wird auch nach der Ansicht der Experten dann beschränkt bzw. ausgeschlossen werden dürfen, soweit das nationale Recht für ein von den Arbeitnehmern erstrebtes Streikziel den Rechtsweg vorsieht. An die Stelle des Streiks können dabei, wie gezeigt, durchaus andere kollektive, selbsthilfeähnliche Kampfmassnahmen treten, wie z.B. das kollektive Leistungsverweigerungsrecht. Ob z.B. entsprechend der ESCH ein Streik mit dem Ziel der Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer eingeleitet werden darf, bestimmt sich wesentlich danach, wieweit im nationalen Recht der Gedanke des sozialen Kündigungsschutzes und die rechtlich durchsetzbare Mitwirkung von Mitbestimmungsorgane bei der Frage der Kündigung zum Durchbruch gelangt ist.[149] So können z.B. auch nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz von 1972 die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bei der Kün-

149) In der Prüfung eines rechtspolitischen Vorschlags für ein Arbeitskampfrecht in Österreich hält *Strasser/Reischauer*, 80 fest: „Die Privilegierung eines Arbeitskampfes zur Einwirkung auf das Verhältnis zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer ... ist aus nachstehenden Erwägungen verfehlt: Soweit die Belegschaft zugunsten eines Arbeitnehmers intervenieren will, stehen ihr die Möglichkeiten des Betriebsrätegesetzes zur Verfügung, einschliesslich Kündigungs- und Entlassungsschutz. Die Rechtsordnung hat damit Instrumente geschaffen, den einzelnen Dienstnehmer innerhalb des Betriebes zu schützen und damit auch Grenzen dieses Schutzes gesetzt".

digung entsprechend gerichtlich durchgesetzt werden.[150]

Dem Problem des wilden Streiks ist insoweit die Spitze genommen.[151] Selbst in den Fragen, in denen sich Mitbestimmung nicht in unmittelbar gerichtlich durchsetzbaren Beteiligungsrechten konkretisiert, wie dies auch nach dem Betriebsverfassungsgesetz nur zum Teil der Fall ist, sondern Regelungsfragen anspricht,[152] muss die zulässige Beschränkbarkeit des Streikrechts die Folge sein. Dies folgt dogmatisch aus der Zuständigkeit des die Arbeitsbedingungen festlegenden Gesetzgebers, die Mitwirkung des Arbeitnehmers an der Umschreibung der Arbeitsbedingungen mittels Kampfmassnahmen dadurch „organisationsrechtlich" beschränken zu dürfen, als er andere alternative „Teilhabemechanismen" z.B. die gesetzlich eingeführte Mitbestimmung zur Verfügung stellt.[153] Das deutsche Betriebsverfassungsgesetz hat dieser Feststellung dadurch Rechnung getragen, dass es einmal in § 74 Abs. 2 Betr. VerfG ein Arbeitskampfverbot für den Betriebsrat vorbehaltlich der Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien ausspricht[154] und zugleich für Regelungsstreitigkeiten ein Zwangsschlichtungsverfahren vor einer Einigungsstelle (§ 76 V, 1, 2) vorsieht.[155]

150) Hat z.B. der Arbeitgeber bestimmte berechtigte Kündigungswidersprüche des Betriebsrates nicht beachtet, so liegt keine sozial gerechtfertigte Kündigung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes vor; vgl. § 123 I BetrVG 1/II/2 KSCHG. Zu verschiedenen Fällen aus der Praxis vgl. *Seiter*, 219, Fn 152 c; *Söllner*, Arbeitsrecht 75 sieht die sich hier stellenden Fragen richtig als solche des Kündigungs – und nicht des Arbeitskampfrechtes an; zur gerichtlichen Durchsetzung anderer Beteiligungsrechte vgl. *Dütz*, Strukturen des Betriebsverfassungsrechtes, JuS 1972, 692 (§ 124 la BetrVG).

151) Auch *Söllner*, ebd.

152) *Dütz* a.a.O. zu diesem Unterschied, 691 f. (§§ 87/88 BetrVG)

153) Zum Begriff des „Organisationsrechts" vgl. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 348 ff. und s.o. S. 124; *Scholz* hat ebenfalls, vgl. „Paritätische Mitbestimmung und GG, 110 ff. den Begriff der „Kompensations- und Ausgleichspflicht" geprägt; dies soll besagen, dass der Staat dort, wo er Freiheitsbereiche beschneidet, gleichzeitig den Eingriff kompensierender Massnahmen (alternative Verfahren wie Mitbestimmung) treffen muss, um das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren. Vgl. in diesem Sinne auch *Leisner*, DÖV 1975, 73 ff.

154) Vgl. hierzu *Seiter*, Streikrecht 394 ff. und z.B. *Dütz*, Strukturen des Betriebsverfassungsrechts, JuS 1972, 690

155) Das Verfahren vor der Einigungsstelle des BetrVG ist ebenso ein die Selbsthilfe ausschliessender Rechtsbehelf, vgl. *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II, 2 (7.A.) 1027 *Dütz*, DB 1972, 383 und Coester, RdA 1976, 291

In Ländern, in denen wie z.B. in der Schweiz der konkrete soziale Entwicklungsstand noch nicht zu einer gesetzlichen Regelung der Mitbestimmung gediehen ist, können z.B. wilde Streiks mit dem Ziele der Wiedereinstellung Entlassener dadurch vermieden werden, dass durch Streik erkämpfbare Wiedereinstellungsklauseln für Nichtorganisierte in den GAV aufgenommen werden können.[156)]

Gleichzeitig findet sich in der schweizerischen GAV-Praxis insbesondere im Friedensabkommen eine ausgebaute Verfahrensordnung, welche auf der (ersten) Stufe der betrieblichen Verhandlungen durch Betriebs- oder Personalkommissionen die institutionellen Voraussetzungen für einen Ausbau der Mitwirkung der Arbeitnehmer bietet.[157)] Da gerade diese betrieblichen Mitwirkungsorgane einen wesentlichen Beitrag zur Erhaltung des sozialen Friedens zu liefern vermögen,[158)] bleibt die klare Umschreibung und Erweiterung ihrer Kompetenzen – zu denken wäre vor allem an die Informationsrechte – eine dringliche Aufgabe.[159)]

156) Vgl. ausführlich *Seiter*, zur Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Tarifregelungen z.B. auch betreffend Betriebsstillegungen, a.a.O. 488 ff.; zu den Schwierigkeiten bei schuldrechtlichen Vereinbarungen, die den unternehmerischen Entscheidungsspielraum binden wollen, *Seiter*, ebd. 491 ff.

157) Nach *Schluep*, Mitbestimmung, 45 wäre vor allem dem GAV aufgrund seiner bewährten Elastizität der Ausbau einer Betriebsverfassung aufzutragen.

158) Hierauf verweist *Gallati*, Arbeitsfriede, 116 und vor allem, 149 f.; vgl. auch *Tegtmeier*, Die Wirkung der Mitbestimmung auf die Arbeitnehmer, Göttingen 1973, 176 f., 206 f. Zur positiven Wirkung auf die Streikhäufigkeit auch *Schwerdtfeger*, Unternehmerische Mitbestimmung und GG, 1972, 123 f.

159) Eine ausgebaute betriebliche Informationspolitik trägt wesentlich zur Verbesserung des betrieblichen Klimas bei, *Gallati*, Arbeitsfriede, 147 f. *Zanetti* hat neuestens den Versuch unternommen, Kerngehalte einer Informationspolitik in einen gesetzlich umschriebenen Mindestgehalt umzugiessen, der durch GAV nicht unterschritten werden dürfte, hierzu ausführlich s.u. S. 343 f.

5.5.2. Der ordnungspolitische Kompromiss in der Ausgestaltung der Kampfinstrumente

Zusammenfassend ist einmal festzuhalten, dass nichtorganisierte Kampfmassnahmen dort nicht in Betracht kommen können, wo während der Laufzeit eines GAV eine Abänderung desselben angestrebt werden soll. Die Rechtsordnung kann und muss hier für die unbedingte Einhaltung der GAV-Ordnung sorgen. Zugleich vermag eine flexible GAV-Regelung, wie angedeutet, auf die tatsächliche Befolgung eines Streikverbotes hinzuwirken.[160)]

Betriebsbezogene Kampfmassnahmen sind hingegen differenzierter zu beurteilen. Wo die Rechtsordnung zur Durchsetzung bestimmter sozialer Forderungen Rechtsbehelfe oder -verfahren zur Verfügung stellt, sind Kampfmassnahmen i.S. von Streik und Aussperrung ausgeschlossen; bei rechtswidrigem Handeln des Arbeitgebers (z.B. bei nicht rechtzeitiger Auszahlung der Löhne) ist allein ein kollektives Leistungsverweigerungsrecht als selbsthilfeähnliches Instrument (z.B. gemäss Art. 83 Abs. 1 OR) denkbar.

In den anderen Fällen, in denen z.B. eine einzelvertraglich zu statuierende übertarifliche Lohnerhöhung angestrebt wird, kann ein völliges Verbot von Kampfmassnahmen schon mit der Auffassung der ESCH als nicht vereinbar angesehen werden. Die Zulassung von Kampfkündigungen[161)] dürfte kaum die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie tangieren und käme zugleich den Interessen der Arbeitnehmer entgegen, auch verbandsunabhängig ihre Ziele zu verfolgen. Ein solcher ordnungspolitischer Kompromiss erscheint schon deshalb rechtspolitisch verantwortbar, als damit einem rechtlich kaum durchsetzbaren generellen Verbot wilder Streiks Rechnung getragen wird.

160) Wie der *Dubied*-Konflikt zeigt, hätte sich auch durch deutliche und frühzeitige Stellungnahmen der Gewerkschaft zum wilden Konflikt sowie durch flexibleres Verhalten der Arbeitgeberschaft Schlimmeres vermeiden lassen.

161) Dem stimmt auch die neuere Doktrin in der Schweiz zu, vgl. *Flühmann*, Auswirkung, 54 und *Zweifel*, Der wilde Streik 94 f.; ebenso die h.M. in Deutschland vgl. *Löwisch/Hartje*, a.a.O. (Fn 1) und *Seiter*, Streikrecht, 225 f. Die Gewerkschaft darf aber ihre Friedenspflicht nicht durch Unterstützung von Kündigungen umgehen.

Eine solche Lösung müsste entgegen jüngerer Auffassungen auch mit der ESCH übereinstimmen, wenn man bedenkt, dass der Arbeitgeber Wiedereinstellungen nicht nach freiem Ermessen ablehnen darf, sofern es nach einer kollektiven „Änderungskündigung" nicht zur Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die neuen Arbeitsbedingungen gekommen war. Wie gezeigt stellt die ESCH im Hinblick auf die Wiedereinstellung gewisse Direktiven auf, die nicht unbeachtet bleiben dürfen.[162)] Der Richter, der das Ermessen des Arbeitgebers bei der Wiedereinstellung kontrollieren müsste, könnte sich z.B. an Massstäben orientieren, die das BAG für die lösende Gesamtaussperrung als Reaktion auf einen rechtmässigen Streik ausgesprochen hat.[163)] Entsprechend könnte die Ablehnung einer Wiedereinstellung durch den Arbeitgeber nur als zulässig angesehen werden, wenn Arbeitsplätze durch Neubesetzung oder Einsparung während des Arbeitskampfes weggefallen sind.[164)] Der Arbeitgeber darf die Wiedereinstellung aber z.B. nicht deshalb ablehnen, weil sich die betroffenen Arbeitnehmer bei der Organisation der kollektiven Kündigung bzw. der Ablehnung des Änderungsangebots hervorgetan haben.[165)] Ebenfalls dürfte der Arbeitgeber nicht einigen lästigen Arbeitnehmern „herausgreifend" fristlos kündigen und die anderen zu besseren Bedingungen weiterbeschäftigen.[166)]

Die Lösung, welche die Arbeitnehmer auf die Kampfkündigung verweist, ist schon deshalb zu befürworten, weil sie nur geringe Eingriffe

162) Wie *Seiter*, Streikrecht 425 richtig festhält, bleibt dem Richter nach Ratifikation der ESCH keine andere Wahl als das Arbeitskampfrecht zumindest auf eine grundsätzliche Wiedereinstellungspflicht weiterzuentwickeln.

163) Vgl. BAGE 23, 292 ff. Erwägungen Teil III, D 1

164) *Flühmann* möchte entsprechend auch nach schweizerischem Recht dem Arbeitgeber die Möglichkeit gewähren, den Arbeitnehmer aus Rationalisierungsgründen fristlos zu entlassen, 80 f.

165) So *Seiter*, Streikrecht, 364 und 426; entsprechend wäre auch eine Massregelung des Arbeitnehmers nach Wiedereinstellung aus diesem Grunde entsprechend der ESCH unerlaubt.

166) Man müsste sich fragen, ob der Richter nicht schon bei konventionskonformer Auslegung von Art. 14 EMRK (Diskriminationsverbot) verpflichtet wäre, ein solches Vorgehen des Arbeitgebers zu untersagen.

in die geltende Rechtsordnung verlangt. In der Doktrin werden jüngst aber vermehrt auch Stimmen laut,[167] die dem Gesetzgeber bei einer Neuordnung des Arbeitskampfrechts weitgehend freie Hand lassen wollen, auch ein suspendierendes Gestaltungsrecht für einzelvertragliche Regelungsziele zu installieren. Die Vorkehren,[168] die hier getroffen werden müssten, damit die gewerkschaftsunabhängige Ausübung des Streikrechts nicht zu einer Gefährdung der Tarifautonomie führt, wären aber nicht in einer Beschränkung auf das Kündigungserfordernis zu sehen. Als Mittel wird vielmehr die Anordnung einer (Abkühlungs-)Frist zwischen dem Zugang der Streikerklärung und dem Eintritt der Suspendierung vorgeschlagen. Die Funktion einer gewissen „Friedenspflicht" würde nicht durch die Kündigungsfristen, sondern durch eine gesetzliche „cooling-off-period" erfüllt. Insofern wäre die Anforderung der ESCH, welche die Anordnung einer solchen Abkühlungsperiode generell zulässt, erfüllt.

Allein der letztgenannte Lösungsweg stösst, was die einzelnen Ausgestaltungsmodalitäten angeht, in bisher kaum erforschtes Niemandsland vor und kann hier nicht weiter verfolgt werden.

167) Vgl. *Tomandl*, Grundprobleme, 199; einen Vorteil dieser Lösung sieht *Tomandl* in der leichten richterlichen Kontrollierbarkeit einer solchen Periode; vgl. auch *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 137 f. und auch *Seiter*, Streikrecht 428 f. schliesst eine künftige Entwicklung in dieser Richtung nicht aus.

168) Bei Nichteinhaltung der rechtlich vorgesehenen Kampfbeschränkungen kämen als Haftungsgrundlagen Art. 97 ff. OR bzw. alternativ (vgl. *Guhl*, Das OR, 202) Art. 41 OR in Frage; würde die Gewerkschaft einen rechtswidrigen Arbeitskampf der Nichtorganisierten unterstützen, müsste sich einmal die Frage nach dem Verstoss gegen die Friedenspflicht stellen, zum andern würde sich nach Art. 41 Abs. 2 OR eine Haftung wegen „Verleitung zum Vertragsbruch" ergeben. Auch die Unterstützung eines rechtsmässigen Kündigungskampfes würde immer die Verletzung der Friedenspflicht bedingen.

6. Die Gewährleistung des Aussperrungsrechts in der Schweiz und in der ESCH

6.1. Der Stellenwert der Aussperrung in der schweizerischen Rechtsordnung

Die Aussperrung ist als Korrelat des Streiks von der herrschenden Lehre grundsätzlich anerkannt.[1] In den rechtlichen Wirkungen auf das Arbeitsvertragsverhältnis entspricht der Streikfreiheit eine Aussperrungsfreiheit. Danach ist der ohne Kündigung aussperrende Arbeitgeber zur Weiterzahlung des Lohnes nach den Regeln des Annahmeverzuges verpflichtet.[2]

Die Aussperrung wurde bisher in der Schweiz äusserst selten angewandt. Das liegt einmal daran, dass der Arbeitsfriede weitgehend eingehalten wird. Diese Tatsache hängt aber auch damit zusammen, dass die individualrechtliche Konzeption der schweizerischen Arbeitskampfordnung, welche dem Kündigungsrecht des Arbeitgebers als Reaktion auf den Streik einen weiten Raum lässt und gleichzeitig keinen Kündigungsschutz vorsieht, der Aussperrung notwendig einen geringeren Stellenwert beimisst. Das Kündigungsrecht übernimmt hier die Funktion der Aussperrung in den Rechtsordnungen, welche ein suspendierendes Streikrecht vorsehen und ein ausgebautes Kündigungsschutzrecht besitzen.

Die starke Stellung des Arbeitgebers in der bestehenden schweizerischen Arbeitskampfkonzeption sowie die Gleichbehandlung von Streik- und Aussperrungsfreiheit in der Doktrin lassen m.E. die An-

1) *Heither*, Kollektives Arbeitsrecht, 81 ff.; *Böni*, Begriff, 160 f., *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3.A, 156; *Schweingruber*, Kommentar zum GAV, 12; *Berenstein*, Law of collective agreements, in: *Kahn-Freund*, Labour Relations in the law, 1965, 117 ff.; *Flühmann*, Auswirkung, 49 und *Marmier*, Droit de negociation, 155

2) *Heither*, a.a.O., 81; vgl. auch „Streik und Aussperrung", Referat, 5: Die beschriebenen Rechtsfolgen werden für die Aussperrung von nichtstreikenden Arbeitnehmern hervorgehoben; die Folgen einer Aussperrung von streikenden Arbeitnehmern, die nicht die Kündigungsfrist beachten, werden aber nicht dargetan.

nahme zu, dass der künftige Gesetzgeber, der vermehrt soziale Verbesserungen zugunsten der Arbeitnehmer vornimmt, auch die veränderte Gleichgewichtslage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht ausser acht lassen kann und einem suspendierenden Streikrecht auch ein suspendierendes Aussperrungsrecht gegenüberstellen müsste. Die vergleichende Betrachtung der Rechtslage in Deutschland wird ergeben, dass Aussperrung notwendig ist, um ein „funktionsfähiges Gleichgewicht" zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern herzustellen.[3]
Für eine von der „Gleichgewichtigkeit" des Kräfteverhältnisses und damit von einer Gleichordnung der Kampfmittel ausgehende Arbeitskampfordnung lassen sich heute in der schweizerischen Praxis und Gesetzgebung verschiedene Anhaltspunkte entdecken.

Die h.L. geht davon aus, dass das Koalitionsrecht den Arbeitnehmern *und* Arbeitgebern das Recht verschafft, sich in Berufsverbänden zu organisieren und zu betätigen.[4] Die gleichberechtigte Teilnahme von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden findet, wie gezeigt, direkt in der Verfassung Rückhalt und wird in Art. 356 OR als Grundlage des GAV-Wesens besonders hervorgehoben.

Noch mehr als die gesetzliche Wertung spricht aber die Handlungsweise der Verbände in der GAV-Praxis für einen hohen Stellenwert des Paritätsprinzips in den Beziehungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden. So haben die in den GAV geschaffenen gemeinsamen, paritätischen Einrichtungen (z.B. paritätische Kommissionen zur Überwachung der Einhaltung des GAV) den GAV immer mehr zu einer dauerhaften Institution über die Vertragsdauer hinaus werden lassen. Im noch heute mit zahlreichen Modifikationen weitergeltenden Friedensabkommen von 1937 hat der Gedanke der friedlichen Beilegung von Konflikten unter gleichberechtigter Mitwirkung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern hervorragenden Ausdruck gefunden.

3) Auch *Schluep*, Überbordungsgefahren, 125 ff. scheint von dieser grundsätzlichen Gewichtung der Kampfmittel auszugehen.
4) *Schweingruber*, Kommentar zum GAV, 15 und *Hug*, Koalitionsfreiheit,188 ff.

In den verschiedensten Sachbereichen wie z.B. im Sozialversicherungsrecht wurde die paritätische Teilnahme der Verbände an der Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben statuiert.[5] Auch andere gesetzliche Regelungen, z.B. in der Arbeitslosenversicherung und Arbeitsvermittlung haben dem Gedanken Rechnung getragen, dass die (Kampfmittel der) Gegner staatlicherseits nicht ungleich behandelt werden dürfen.[6]

Dass nun mit dem Prinzip der Parität, welches als staatlicher Auftrag zur Gleichbehandlung der Kampfmittel verstanden werden kann, notwendig die Anerkennung der Aussperrung verbunden ist, wird in der jüngeren deutschen Literatur verschiedentlich bestritten.[7] In einer „materiell" verstandenen Parität soll die Gleichgewichtigkeit der Kampfmittel schon durch andere Gegenmassnahmen des Arbeitgebers bei gleichzeitigem gesetzlichem Aussperrungsverbot realisiert werden können.

Selbst wenn aber Aussperrung als unumgänglich notwendiges Mittel, um eine gleichgewichtige Auseinandersetzung herbeizuführen, betrachtet werden müsste, bliebe noch die Frage zu klären, ob Aussperrung einer dem Streikrecht entsprechenden inhaltlichen Ausgestaltung bedarf.

Auskunft über diese Frage soll zunächst die Prüfung der ESCH erbringen. Das Ergebnis soll daraufhin am überwiegenden Rechtszustand der einzelnen Signatarstaaten der ESCH gemessen und in Einzelfra-

5) Vgl. s.o. S. 9; auch die kantonalen Arbeitsgerichte weisen eine paritätische Zusammensetzung aus Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf; vgl. *Vischer*, Zur Rolle des Bundesgerichts bei Arbeitsstreitigkeiten, in FS: 100 Jahre Schweiz. Bundesgericht, Basel 1975, 437

6) *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 265 f.; übrigens sind die Arbeitslosenkassen zu einem grossen Teil paritätisch organisiert, vgl. Bericht des BIGA, 51 ff.

7) Vgl. s.u. S. 213 ff.; die Ausführungen von *Lerche* und *Scholz*, das Aussperrungsverbot gehört heute in der BRD zu den wichtigsten Forderungen der Gewerkschaften.

gen näher konkretisiert werden.[8] Die Rechtslage in der BRD bildet dabei Schwerpunkt der Untersuchung.

6.2. Die Anerkennung der Aussperrung durch die ESCH

6.2.1. Die grundsätzliche Gewährleistung der Aussperrung durch Art. 6 Abs. 4 ESCH

Zwar wird in Art. 6 Abs. 4 ESCH nur das Streikrecht und nicht auch das Aussperrungsrecht ausdrücklich garantiert, anerkannt wird jedoch „das Recht der Arbeitnehmer *und* Arbeitgeber auf kollektive Massnahmen". Die Lehre steht fast einhellig auf dem Standpunkt,[9] dass von den kollektiven Massnahmen der Arbeitgeber auch die Aussperrung als wichtigstes Kampfmittel mitumfasst ist.[10]
Die Gegner dieser Auffassung führen die Entstehungsgeschichte der ESCH ins Feld:[11] Die Arbeitnehmer hätten sich nicht nur auf der Strassburger Dreierkonferenz von 1958, welche berufen war, die Vorarbeiten einer endgültigen Redaktion zu unterziehen, gegen die Aufnahme der Aussperrung in den Vertragstext ausgesprochen, sondern diese hätte auch tatsächlich keine Aufnahme gefunden.

Wie *Mitscherlich* und *Frowein* jüngst nachgewiesen haben, bietet die Entstehungsgeschichte jedoch durchaus auch positive Hinweise auf

8) Die Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten legt auch der Expertenausschuss verschiedentlich seiner Rechtsprechung zugrunde, vgl. z.B. Conclusions IV, 49; ebenso das methodische Vorgehen des EuGHfMR, s.o. S. 90, z.B. EuGRZ 75, 564; entsprechend ist die Arbeit von *Mitscherlich* aufgebaut; vgl. auch *Hackstein*, Streikrecht, 30 ff., 80

9) *Cottier*, Arbeitsrechtliche Bestimmungen, 150; *Nipperdey/Säcker* II, 2, 924 f.; *Gitter*, Probleme, 140 f.; *Isele*, Sozialcharta, 62; *Kaiser*, Parität, 56; *Tomandl*, Streik und Aussperrung, 100; *Zöllner*, Aussperrung, 10; *Seiter*, 316 mit weiteren Angaben Fn 13; *Mitscherlich*, 61 ff. und neuerdings *Frowein*, Gewährleistung der Aussperrung, 12

10) A.A. aber *Sproedt*, Koalitionsfreiheit, 73 ff., Wengler, Unanwendbarkeit, 5 ff. und *Lerche*, Zentralfragen, 82 ff.

11) Vgl. *Sproedt*, Koalitionsfreiheit, 76 ff.; *Hackstein*, Streikrecht, 77 ff., 79, spricht sich zwar für die Aussperrung als Teil von Art. 6 Abs. 4 ESCH aus, kann der Entstehungsgeschichte aber keine Hinweise entnehmen.

die Anerkennung der Aussperrung:[12] So hatte die Aussperrung schon an der Strassburger Dreierkonferenz Erwähnung gefunden.[13] Überdies hatte auch in den der Dreierversammlung folgenden Beratungen des Sozialkomitees Einigkeit darüber bestanden, dass das Recht auf kollektive Massnahmen auch die Aussperrung erfasse.[14] Das Ministerkomitee ist zwar auf diese Problematik nicht eingetreten, *Mitscherlich* hält es aber für wahrscheinlich, dass dieses Organ ohne weiteres von der Anerkennung der Aussperrung ausgegangen ist; andernfalls hätte es sich nämlich von der Auffassung des Sozialkomitees distanzieren müssen. Man darf entsprechend *Mitscherlich* auch annehmen, dass die Arbeitgeber kaum einem Vertragsentwurf zugestimmt hätten, welcher von der Nichtbilligung der Aussperrung getragen gewesen wäre.[15] Auch in den Diskussionen der beratenden Versammlung des Europarates, welche den Text in der heutigen Fassung annahm, wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Aussperrung durch die Gewährleistung der Kollektivmassnahmen der Arbeitgeber garantiert sei.[16]

Der Expertenausschuss hat heute in ständiger Rechtsprechung die letzten Zweifel an der durch die Entstehungsgeschichte nicht völlig eindeutig bewiesenen Anerkennung der Aussperrung autoritativ beseitigt und die Aussperrung anerkannt.[17]

> „Il ressort clairement du texte de cette disposition que celle-ci vise à la fois la grève et le lock-out, même si ce dernier, à la différence de la grève, n'est explicitement mentionné ni dans le texte du paragraphe 4 de l'art. 6 ni dans la clause y afférente de l'annexe de la Charte; le Comité est parvenu à cette conclusion en considérant que le lock-out est la principale forme d'action col-

12) *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 63 ff. und *Frowein*, Gewährleistung der Aussperrung, 12 ff.
13) *Mitscherlich*, ebd. 65 und *Frowein*, ebd. 12; in einer Botschaft des Ministerkomitees v. 20. 5. 1954 wurde die Ausarbeitung der ESCH einem aus Regierungsvertretern bestehenden Sozialkomitee übertragen.
14) *Mitscherlich*, 65 f.
15) Ders., 66.
16) *Frowein*, 12 f. mit Nachweisen und *Mitscherlich* ebd.
17) Conclusions I, 39, 41; Conclusions II, 29; ebenso Conclusions III, 42 und Bestätigung in Conclusions IV, 51; hierzu auch *Frowein*, a.a.O. 14

lective, sinon la seule, à la disposition des employeurs, pour la défense de leurs intérêts".

Die italienische Rechtssituation, welche die Aussperrung zivilrechtlich als unerlaubte Handlung betrachtet, wurde vom Expertenausschuss als mit der ESCH unvereinbar angesehen.[18]
Der nationale Gesetzgeber und der an seiner Stelle handelnde Richter ist somit nach der ESCH verpflichtet, den Arbeitgebern die zur Wahrung ihrer Interessen erforderlichen „kollektiven Massnahmen" zuzugestehen.[19] Die durch ein Verbot der Aussperrung bewirkte völlige Verhinderung eigener Abwehrinitiativen der Arbeitgeber wäre mit der ESCH nicht vereinbar. Eine mögliche unterschiedliche Ausgestaltung von Streik und Aussperrung im innerstaatlichen Recht erscheint damit aber noch nicht ausgeschlossen.

6.2.2. Aussperrungsrecht und Einzelarbeitsvertrag

Wie beim Streikrecht ist auch beim Aussperrungsrecht zu untersuchen, ob die Aussperrung ebenfalls die individualrechtlichen Verpflichtungen der Arbeitgeber verdrängen kann. Art. 6 Abs. 4 ESCH spricht von einem *Recht* auf kollektive Massnahmen. Ein solches impliziert im Unterschied zu einer blossen „Freiheit" die kollektivrechtliche Überlagerung der Pflichten aus dem Einzelvertrag. Auch aus der ausdrücklich in Art. 6 Abs. 4 enthaltenen Wendung „vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus Gesamtarbeitsverträgen" lässt sich eine suspendierende Wirkung ableiten. Denn der Umkehrschluss ergibt, dass der Ausübung des Aussperrungsrechts Verpflichtungen aus Einzelarbeitsvertrag nicht entgegenstehen dürfen.[20]

18) Conclusions III, 42 und IV, 51
19) Die Auffassung der Experten wurde auch in den anderen Kontrollorganen erörtert und befürwortet, wegen der unklaren Rechtssituation in Italien wurde aber eine Empfehlung abgelehnt; vgl. hierzu *Frowein*, Gewährleistung der Aussperrung, 15, mit weiteren Angaben.
20) So *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 89 f.

Der Absicht der ESCH würde es kaum entsprechen, einmal „zur wirksamen Ausübung des Rechtes auf Kollektivverhandlungen" ein suspendierendes Streikrecht zu verlangen, gleichzeitig aber die tatsächliche Effizienz der Aussperrungswirkung durch die Abhängigkeit von Kündigungsfristen zu beschränken.

Auch eine rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, dass der Grossteil der Signatarstaaten der ESCH, abgesehen von Italien, eine suspendierende Konzeption der Aussperrung befürwortet.[21] Mit dieser Rechtslage befindet sich der Expertenausschuss im Einklang, wenn er ausführt:[22]

> „... il (le comitē) a notamment relevē que l'exigence d'un dēdommagement de la part d'un employeur ayant eu recours ā de telles actions, dēmontre clairement, que ce droit ne peut être librement exercē".

Von den Experten wurde festgehalten, dass der englische „Industrial Relations Act" von 1971 (im Unterschied zum italienischen Recht) mit der suspendierenden Lösung von Streik und Aussperrung den Anforderungen der ESCH entspreche.[23]

Ist nun die innerstaatliche Ausgestaltungsbefugnis der Aussperrung durch Art. 6 Abs.4 dahingehend determiniert, dass ein (das Arbeitsverhältnis) „lösendes" Aussperrungsrecht für bestimmte Fälle ausgeschlossen ist? Das deutsche BAG hat in seinem „leading case" von 1971 auch die lösende Aussperrung in bestimmten Fällen für zulässig erklärt.[24] Der ausdrückliche Hinweis des Expertenausschusses[25] auf

21) So Grossbritannien seit 1971, die Bundesrepublik, Dänemark, Norwegen und Schweden vgl. hierzu die Angaben bei *Mitscherlich*, 69 ff. 89
22) Conclusions III, 42
23) Conclusions III, 42: „Enfin, en ce qui concerne le Royaume-Uni, le comité a pris connaissance des changements importants apportés par l'IRA de 1971 et a noté qu'un texte formel maintient désormais le contrat de travail en cas de grēve ou de lock-out". Vgl. auch Conclusions III, 237
24) Das BAG hat die lösende Aussperrung auf langandauernde Arbeitskämpfe und auf das Ziel der Einsparung und Neubesetzung von Arbeitskräften beschränkt.
25) Vgl. Fn 23

den mit der ESCH vereinbaren Rechtszustand scheint mir aber für die Unzulässigkeit der lösenden Aussperrung zu sprechen.
Bei einer gegenteiligen Lösung wäre der von der Charta in den Vordergrund gestellte Schutz des Arbeitnehmers schwer tangiert, wenn der Arbeitnehmer durch die Aussperrung seinen Arbeitsplatz und damit seine Existenzgrundlage verlieren würde.[26)]

6.2.3. Zulässige rechtliche Schlechterstellung der Aussperrung gegenüber dem Streik

Schon die Formulierung in Art. 6 Abs. 4 ESCH, welche vom „Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Massnahmen" spricht, könnte darauf hinweisen, dass die ESCH es vermeiden wollte, den nationalen Gesetzgeber und Richter hinsichtlich der Kampfmittel im Einzelnen zu binden. Die besondere Hervorhebung des Streikrechts im Wortlaut der Bestimmung kann nach dem Gesagten zwar sicherlich nicht den Ausschluss der Gegenmittel des Arbeitgebers bedeuten, jedoch auf das besondere der ESCH zugrundeliegende Anliegen hinweisen, dem Schutze des sozial Schwächeren besonders Rechnung zu tragen. Die Bestimmung der ESCH lässt sich im Sinne einer „materiellen Kampfparität" verstehen.[27)]

Stellungnahmen der Kontrollorgane zu dieser Frage liegen zwar bis heute nicht vor. Die bisherigen, spärlichen Literaturmeinungen halten aber eine innerstaatliche, unterschiedliche Ausgestaltung von Aussperrungsrecht und Streikrecht für zulässig.[28)] Die Rechtsvergleichung, insbesondere die Betrachtung der Rechtslage in Deutschland wird hier bestätigende Hinweise erbringen.

26) So auch *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 90
27) *Seiter*, Streikrecht, 172; so auch *Ramm*, Der nichtgewerkschaftliche Streik, 74, Fn 84
28) *Seiter*, ebd. 172, 318; *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 92 f.; auch *Raiser*, Aussperrung, 97 nimmt an, dass die ESCH z.B. neben der lösenden Aussperrung auch die Angriffsaussperrung nicht garantiere; er glaubt ebenfalls dem Wortlaut entnehmen zu können, dass die ESCH nicht alle Kampfmassnahmen in allen Varianten schützt.

6.3. Spricht die Auslegung des Abkommens 87 der ILO ebenfalls für die Anerkennung der Aussperrung?

Im Unterschied zur Auslegung des Übereinkommens 87 im Hinblick auf den Streik kann für die Aussperrung keine ähnlich klare Praxis der Kontrollorgane der ILO oder der Literaturmeinung zur Anerkennung der Aussperrung gefunden werden.[29] Man wird zwar annehmen können, dass die Gründe, die für die Gewährleistung des Streiks als Mittel zur Förderung der Arbeitnehmerinteressen nach Art. 10 des Übereinkommens sprechen, auch für die Aussperrung gelten. Ein Konsens der Vertragsstaaten ist aber nicht nachweisbar.[30]

6.4. Aussperrung und Paritätsprinzip im deutschen Recht

6.4.1. Das in der deutschen Literatur herrschende materielle Verständnis der Kampfparität

Die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der Aussperrung und ihrer verschiedenen Ausdrucksformen knüpft in der deutschen Lehre an den Grundsatz der Koalitionsparität im Arbeitskampf an. Dabei wurde das Paritätsprinzip in der früheren Lehre und Rechtssprechung[31] zunächst so verstanden, dass dem Staate verboten sein sollte, die Kampfmittel der Parteien, namentlich Streik und Aussperrung, ungleichmässig zu behandeln. Da Streik und Aussperrung, ungleichmässig zu behandeln. Da Streik und Aussperrung nach denselben Regeln behandelt werden sollten, wurde hier Parität als formale Waffengleichheit aufgefasst. Ein Aussperrungsverbot wäre demnach, weil gegen den verfassungsmässigen Gleichheitssatz verstossend, von vornherein als verfassungswidrig zu batrachten.

29) Vgl. *Frowein*, Gewährleistung der Aussperrung, 9
30) Ders. ebd., 9 f.
31) BAGE 1, 291 (308) und 10, 88 (93); vgl. zur Kritik ausführlich *Zöllner*, Aussperrung, 28 f. und *Seiter*, 160 f.

Im Gegensatz zu dieser schematischen Betrachtungsweise steht die Lehre in Deutschland heute ganz überwiegend auf dem Standpunkt,[32] dass es nicht auf die rechtliche Wirkungsgleichheit der Waffen, sondern auf die „Ermöglichung gleichgewichtigen Kampfes" ankomme. Diese materielle Konzeption der Kampfparität möchte die unterschiedlichen Ausgangspositionen und tatsächlichen Kampfmittelwirkungen mitberücksichtigen, wenn die Kampfmittel rechtlich ausgestaltet werden sollen. Materiell verstandene Kampfparität erfordert demnach ein Gleichgewicht der Kampfstärke der Sozialpartner derart, dass sie eine vergleichbare Chance besitzen, ihre Interessen im Arbeitskampf durchzusetzen. Kampfparität bedeutet also nicht Waffengleichheit, sondern Chancengleichheit und Gleichgewicht der Sozialpartner.

Die normative Grundlage findet die neuere Lehre nun nicht mehr im Gleichheitssatz von Art. 3 GG, sondern in der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit. Danach kann die Vorschrift des Gleichheitssatzes, gleiche oder wesentlich gleiche Tatbestände nicht ungleich zu behandeln, nicht für die Frage der Ausgestaltung der Arbeitskampfinstrumente nutzbar gemacht werden, weil sich Streik und Aussperrung gerade in wesentlichen Punkten unterscheiden. Diese Kampfmittel würden aus unterschiedlichen Positionen heraus benutzt, seien auf entgegengesetzte Ziele ausgerichtet und würden ihren Sinn überhaupt erst im Zusammenhang mit den untereinander unvergleichbaren Chancen und Risiken der Sozialpartner im Arbeitskampf erfahren.[33] Die Unzulässigkeit eines Aussperrungsverbots kann demnach nicht schon aus dem Gleichheitssatz abgeleitet werden. Vielmehr wird in der h.L. das Paritätsprinzip als unverzichtbarer Bestandteil der Koalitionsgarantie angesehen. Die Parität der Sozialpartner steht in funktionsnotwendiger Beziehung zur Koalitionsautonomie.[34]

32) *Zöllner*, Aussperrung, 29 mit weiteren Hinweisen Fn 86:, *Seiter*, 161 und Hinweise Fn 33; *Raiser*, Aussperrung, 59; vgl. auch annähernd BAGE 23, 292 (308)
33) *Raiser*, Aussperrung, 62; vgl. hierzu ausführlich *Kaiser*, Parität, 13 f.
34) *Raiser*, Aussperrung, 64 mit zahlreichen Hinweisen auf die h.M.in Fn 21; *Seiter*, Streikrecht, 170 und *Zöllner*, 22 ff.; *Maunz-Dürig*, Kommentar, Rdn 115 zu Art. 9 GG

6.4.2. Die verfahrensmässige „Richtigkeitsgewähr" als Rechtfertigung materieller Kampfparität

Die Befürworter einer materiellen Kampfparität[35] leiten die Geltung dieses Prinzips aus dem Sinn und der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragswesens ab. In der geschichtlichen Entwicklung des Tarifvertrages spiegle sich die dem Paritätsprinzip zugrundeliegende Erfahrung wieder, wonach das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nur auf der Ebene der vertraglichen Koalitionsverhandlungen ausgeglichen werden könne. Man geht also davon aus, dass nur in etwa gleichgewichtige Vertragspartner in der Lage sind, ihre Interessen so wahrzunehmen, dass ein beiden Seiten gerecht werdendes Ergebnis erzielt wird. Ist Tarifautonomie als „Fortsetzung der Privatautonomie mit kollektivrechtlichen Mitteln zur Herstellung geeigneter Vertragsvoraussetzungen und Bedingungen"[36] zu verstehen, so muss in dieser Auffassung das Paritätsprinzip selbst als Entstehungs- und Legitimationsgrund für das gesamte Tarifvertragswesen und das ihm zugehörige Arbeitskampfrecht erscheinen. Das Paritätsprinzip ist unabdingbare Voraussetzung für die Funktionfähigkeit des Tarifvertragssystems und muss deshalb gemäss der Rechtsprechung des BVerfG den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG geniessen.[37] Denn wäre der verfassungsrechtliche Schutz nicht gesichert, würde die Übermacht des einen Partners diesem gestatten, dem Gegner die Vertragsbedingungen zu diktieren.[38]

Da nun staatlicherseits kein gültiger und anerkannter Massstab für „gerechte" Lohn- und Arbeitsbedingungen angegeben werden kann, muss das Ziel der Vertragsgerechtigkeit auf anderem Wege erreicht werden. Die rechtliche „Austarierung" der Kampfmittel soll den Par-

35) Vgl. hierzu besonders *Zöllner*, Aussperrung, 30 ff.; *Kaiser*, Parität, 13 f.; *Raiser*, 64 ff., 68

36) *Rüthers*, Arbeitgeber und Gewerkschaften, Gleichgewicht oder Dominanz? DB 1973, 1649 ff. (1650)

37) *Seiter*, Streikrecht, 170; *Zöllner*, Aussperrung, 34 halt fest, dass das Art. 9 Abs. 3 GG immanente Paritätsgebot nur die abstrakte rechtliche Ordnung durch Gesetzgeber, Richter oder Tarifpartner betrifft.

38) *Raiser*, Aussperrung, 69; diese Interpretation vermag auch der Auslegung des BVerfG zu genügen, vgl. s.u. S. 208 ff.

teien gleichgewichtige Chancen zu Verhandlungen und zu einem Interessenausgleich im Sinne „einer relativen, verfahrensmässigen Richtigkeitsgewähr" zugestehen.

Meinungsverschiedenheiten bestehen allerdings in der deutschen Doktrin über die Frage, welche Folgerungen aus dem verfassungsrechtlich anerkannten Paritätsprinzip für den einfachen Gesetzgeber oder rechtsfortbildenden Richter bei der Ausformung der Kampfmittel zu ziehen sind. Auf diese Problematik ist in den folgenden Ausführungen einzugehen.

6.4.3. Die vom BVerfG formulierten Anforderungen an rechtliche Eingriffe in Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit

6.4.3.1. Der „Regelungsspielraum" des Gesetzgebers

In ständiger Rechtsprechung hat das BVerfG[39] einen durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Kernbereich der Koalitionsbetätigung dergestalt anerkannt, dass die Koalitionen in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gestalten und hierbei eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Die Tätigkeit der Koalitionen insbesondere im Bereich des Tarifvertragswesens wird aber nach dieser Rechtsprechung nicht schrankenlos gewährleistet; es wird vielmehr als Aufgabe des Gesetzgebers empfunden, Inhalt und Tragweite der Koalitionsfreiheit durch Ausgestaltung der Befugnisse der Koalitionen im Einzelnen näher zu bestimmen. Das BVerfG lässt damit dem „einfachen Gesetzgeber einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung der Tarifautonomie".[40] Dem Gesetzgeber ist die Aufgabe übertragen, die Grenzen der Tariffähigkeit abzustecken.[41] Die Rechtsprechung umschreibt aber auch

39) BVerfGE 4, 96 (106 ff.); 18, 18 (26 f.); 20, 312 (321 f.); 28, 295 (303 ff.); Urteil v. 18. 12. 1974 in AuR 1975, 287 und Urteil v. 19. 2. 1975 in NJW 1975, 968
40) Vgl. die angeführte Rechtsprechung (Fn 39), insbesondere 20, 312 (321 f.)
41) BVerfGE 4, 96 ff. und 18, 18 (26 f.)

die Schranken gesetzgeberischer Tätigkeit z.B. im Hinblick auf die Befugnis, anderen Zusammenschlüssen als Koalitionen „die Tariffähigkeit" zu verleihen:

So sei die Koalitionsfreiheit nur dann sinnvoll, „wenn die Rechtsordnung den Koalitionen auch die Erreichung ihres in Art. 9 Abs. 3 GG bezeichneten Zweckes, nämlich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Mitglieder zu wahren und zu fördern, gewährleistet und zugleich die Möglichkeit gibt, diesen Zweck durch spezifisch koalitionsgemässe Betätigung, also durch Tarifverträge zu erreichen".[42] Dem Betätigungsrecht der Koalitionen dürften zudem auch nur solche Schranken gezogen werden, welche zum Schutze anderer Rechtsgüter geboten sind. Nur derart gerechtfertigte Regelungen würden den in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten „Kernbereich" nicht antasten.[43]

6.4.3.2. Übertragung dieser Gedanken auf den Schutzumfang der Arbeitskampffreiheit durch Rechtsprechung und Doktrin

Mehrfach hat das BVerfG selbst auf den innigen Zusammenhang zwischen Arbeitskampf und Tarifvertragswesen hingewiesen.[44] In einem neuesten Entscheid des BVerfG, welcher die Frage zu beurteilen hatte, ob die Änderung der Rechtsprechung des BAG, statt lösender Aussperrung nur noch eine suspendierende Aussperrung der Betriebsratmitglieder zuzulassen, die verfassungsmässigen Rechte der Arbeitgeber berühre, siedelte das Gericht die Aussperrung in einer besonderen Nähe zum Kernbereich der Koalitionsautonomie an.[45] Zwar erklärte das Gericht, es müsse auf die Frage, wie der Arbeitskampf im Allgemeinen und die Aussperrung im Besonderen verfassungsrechtlich zu

42) BVerfGE 20, 312 (317 ff.)
43) BverfGE 28, 295 (303, 305 ff.)
44) So vor allem in BVerfGE 18, 18 (28); ebenso neustens im Urteil BVerfGE AuR 1975, 284 (287) und BVerfGE NJW 1975, 968
45) Urteil v. 19. 2. 1975 in NJW 1975, 968 und die Stellungnahme v. *Raiser*, Aussperrung, 52, 58

beurteilen seien, nicht eingegangen werden; es prüfte jedoch gleichzeitig die Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG unter der Annahme, dass dieser Artikel auch den „Arbeitskampf" und damit die Aussperrung durch einen einzelnen Arbeitgeber grundsätzlich verfassungsrechtlich garantiert. Diese Norm sei aber, auch wenn man ihre verfassungsrechtliche Garantie zugunsten der Beschwerdeführerin unterstellen würde, nicht verletzt.

Im Folgenden greift dann das Gericht ausführlich auf die Rechtsprechung, welche es für die Umschreibung des Schutzumfangs der Koalitionsfreiheit aufgestellt hat, zurück: Den Koalitionen sei nur ein Kernbereich koalitionsmässiger Betätigung eingeräumt; den geschützten Personen und Vereinigungen sei verfassungsrechtlich kein inhaltlich unbegrenzter und gesetzlich unbegrenzbarer Handlungsspielraum zugestanden. Es verstosse deshalb auch nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG, wenn die Betriebsratsmitglieder nach der Rechtsprechung des BAG nur suspendierend und nicht lösend ausgesperrt werden könnten. Die Fähigkeit des Arbeitgebers, „einen wirkungsvollen Arbeitskampf" zu führen, sei nicht in einem für die verfassungsrechtliche Beurteilung entscheidenden Ausmasse beschränkt.

Hatte nun schon *Säcker*[46] die Kernsätze des Grundsatzurteils zur Tariffähigkeit v. 18. 11. 1954[47] auf die Beurteilung der Fragen der Arbeitskampffreiheit übertragen, so sah sich *Raiser*[48] aufgrund vorstehend angeführter Rechtsprechung noch mehr zur Annahme veranlasst, dass das BVerfG dem Arbeitskampf und den einzelnen Massnahmen in einem konkreten Fall verfassungsrechtlichen Schutz zukommen lassen würde.

Handlungsspielraum und Grenzen des Gesetzgebers in der Ausgestaltung der Kampfmittel seien in gleicher Weise zu ermitteln, wie im Bereich des verfassungsrechtlich geschützten Tarifvertragssystems.

46) *Säcker*, Grundprobleme, 84
47) BVerfGE 4, 96
48) *Raiser*, Aussperrung 52, 58

Die Aussperrung erscheint damit verfassungsrechtlich insoweit gewährleistet, als sie notwendig ist, um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen und zu einem funktionsfähigen Tarifvertragssystem beizutragen. Für *Raiser* fällt die Aussperrung als frei gewähltes Kampfmittel, welches sich in geschichtlicher Entwicklung als typisch und äusserst wirksam erwiesen hat unter den geschützten Freiheitsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG; entscheidender Beleg für diese Annahme bildet für ihn die Rechtsprechung des BVerfG.[49)]

Nach *Raiser* ist aber anzunehmen, dass das Gericht die Aussperrung nicht in allen ihren einzelnen Erscheinungsformen gewährleisten würde, sondern sie der Disposition des Gesetzgebers anheimstellt. Dies wird der mehrfach betonten Ansicht des Gerichtes entnommen, dass die Verfassung nicht einzelne geschichtliche Erscheinungsformen des Koalitionswesens, also nicht den einmal gewachsenen geschichtlichen Status Quo in allen Formen garantieren wolle, sondern historischem und sozialem Wandel durchaus offen gegenüberstehe.[50)]

Dies wird m.E. auch direkt durch das Gericht bestätigt, wenn es in seinem Urteil vom 19. 2. 1975 ausführt, dass, soweit Art. 9 Abs. 3 GG ein Recht zur Aussperrung garantieren sollte, „der geschützte Bereich unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung abzugrenzen" sei.[51)]

Die Ausführungen des Gerichts lassen aber andererseits auch die Annahme zu, dass wegen der Sachnähe von Aussperrung und Tarifautonomie die Voraussetzungen für ein gesetzliches Verbot besonders hoch angesetzt werden müssen. Eingriffe des Gesetzgebers dürften nur dann

49) *Raiser*, Aussperrung, 68

50) In Bezug auf die Garantie des Tarifvertragssystems hält das Gericht in 20, 312 fest: „Eine solche Gewährleistung ist aber ganz allgemein und umfasst nicht die besondere Ausprägung, die das Tarifvertragssystem in dem zur Zeit des Inkrafttretens des GG geltenden Tarifvertragsgesetz erhalten hat".

51) Urteil v. 19. 2. 1975 a.a.O., Fn 44

gerechtfertigt sein, wenn sie aus besonderen „sachlichen" Gründen, als „im allgemeinen Interesse an der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens liegend" oder „zum Schutze anderer Rechtsgüter",[52] erforderlich sind. Die Veränderung der geschichtlich gewachsenen Ordnung wäre nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig.

6.4.3.3. Ergebnis und Stellungnahme

Raiser ist m.E. darin zuzustimmen, dass im Vergleich zum hohen Wert der Koalitionsautonomie „besonders gravierende allgemeine Interessen an der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens" oder der Schutz besonders wichtiger anderer Rechtsgüter dargetan sein müssen, um ein Aussperrungsverbot oder eine gesetzliche Beschränkung vor der Verfassung zu rechtfertigen. Für den verfassungsrechtlich zulässigen Ausschluss der lösenden Aussperrung bei Betriebsratsmitgliedern sieht das BVerfG den besonderen sachlichen Grund in der geschichtlich gewachsenen, besonders durch ihre gesetzlich umschriebene Ordnungsfunktion im Arbeitsleben des Betriebes hervorgehobenen Stellung der Betriebsratsmitglieder.

Ob nun aber ein generelles Aussperrungsverbot ebenfalls aus den verschiedensten „sachlichen" Gründen mit einem in der Literatur überwiegend bejahten verfassungsrechtlichen „Kernbereich" an Parität zwischen den Koalitionen[53] vereinbar wäre, hat die deutsche Literatur in den letzten Jahren zunehmend beschäftigt. Die am wichtigsten erscheinenden Argumente pro und contra Aussperrungsverbot sollen im Folgenden gegenübergestellt werden.

52) Vgl. BVerfGE 18, 18 (27); 19, 303 (322) und 28, 295 (306); ebenso auch in 30, 227 (243)

53) *Seiter*, Streikrecht, 171 und insbesondere ebd. Fn 74 und 76; auch *Rüthers*, JurA 1970, 85 (107 f.) spricht von einem verfassungsrechtlich geschützten „Mindestgehalt" und einer „äussersten" Grenze, gegen die eine generelle Regelung des Arbeitskampfes nicht verstossen dürfe.

6.4.4. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Aussperrungsverbots zum Schutze besonders wichtiger Rechtsgüter

6.4.4.1. Befürwortende Literaturmeinungen

Gegen die Ansicht des BAG wurde vorgebracht, dass die Aussperrung tatsächlich nicht die Gleichheit der Verhandlungschancen herstelle, sondern gerade vereitle.[54] Gerechtfertigt wurde diese Auffassung insbesondere damit, dass man auf die unterschiedlichen Auswirkungen des Arbeitskampfes auf die persönlichen Verhältnisse von Arbeitgebern und einzelnen Arbeitnehmern hinwies.[55] Aus nationalökonomischer Sicht wurden diese Einwände um die Einsicht ergänzt, dass das bilaterale Monopol als Marktform durchaus nicht notwendig ein Gleichgewicht garantiere, sondern je nach den Mitteln der Beteiligten zur Ungleichheit führen könne.[56]
Dabei hat man aus der Befugnis des Arbeitgebers, über Investitionen und Preise zu entscheiden, ein entscheidendes Übergewicht der Arbeitgeberseite abgeleitet. An diese vom Arbeitnehmer nicht oder nur ungenügend zu beeinflussende ungleichgewichtige Verteilungssituation knüpft vor allem die marxistisch orientierte Kritik an der Aussperrung an.[57] Auch Autoren wie *Lerche, Scholz* und *Steindorf*[58] machen Bedenken gegenüber der Begründbarkeit der Aussperrung mit dem Anliegen der Gleichheit der Verhandlungschancen geltend. Das Aussperrungsrecht wird z.B. von *Lerche* als ein wesentliches, nicht aber als das einzige wesentliche Instrument der Arbeitgeber bezeich-

54) Vgl. *Hoffmann*, in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 51
55) Ebenso *Däubler*, in „Streik und Aussperrung", 435
56) Vgl. die Referate von *Zinn* und *Gahlen*, in: „Streik und Aussperrung", Protokoll, 135 ff., 172, 188 ff.
57) Vgl. *Hoffmann*, Der Grundsatz der Parität und die Zulassung der Aussperrung, in „Streik und Aussperrung" a.a.O., 51; *Kittner*, Die Parität im Arbeitskampf, in GewMH 1973, 102 ff.; *Däubler*, Die unverhältnismässige Aussperrung, 642 ff. und weitere Hinweise zur Kritik bei *Zöllner*, Aussperrung, 9, Fn 5 und 47 ff.
58) *Lerche*, Zentralfragen, 55 ff. 57, 62 ff.; a.A. *Zöllner*, Aussperrung, 22; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 149 f., 253 f., 263 f. hält ein Verbot der Aussperrung unter gewissen Voraussetzungen für möglich, verwickelt sich aber in Widersprüche, 149 f., 354 f.

net. Der Arbeitgeber sei auf Massenänderungskündigung, Durchhaltetaktik und Solidaritätsmassnahmen als genügende Gegenmittel verwiesen.[59]

6.4.4.2. Differenzierende Stellungnahmen in der jüngsten deutschen Lehre

Unumstritten ist heute, dass eine zuverlässige Aussage über das Vorhandensein gleicher Verhandlungschancen nicht ohne die Analyse der rechtlichen und tatsächlichen Lage, d.h. auch des „sozio-ökonomischen" Hintergrundes auskommen kann.[60] Dies will besagen, dass Chancengleichheit nicht in erster Linie durch rechtliche Massnahmen herbeigeführt werden kann, sondern von einer Vielzahl sich dauernd verändernder sozio-ökonomischer Faktoren abhängt.[61] Diese Schwankungen im Gleichgewichtszustand können nach *Raiser* durch das Recht nur ungenügend berücksichtigt und aufgefangen werden. Dies liege einmal an dem groben und unflexiblen Raster des Rechtes selbst, aber auch an den bis heute unzureichenden sozialwissenschaftlichen Messverfahren zur exakten Definition eines Gleichgewichtszustands.[62] Wollte man einen wie auch immer festgestellten sozioökonomischen Istzustand in eine auf Dauer ausgerichtete rechtliche Form giessen, so würden die Koalitionen unvermeidlich in ein so enges rechtliches Korsett gezwungen, dass von der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Freiheit nicht mehr viel übrig bliebe. Insoweit dürfte m.E. weder ein gesetzliches Aussperrungsverbot, noch eine unbeschränkte Zulassung der Aussperrung in allen ihren Formen dem Regelungsgegenstand gerecht werden; dies ist noch zu begründen. Das Recht hat sich vielmehr damit zu begnügen, sozialwissenschaftliche Näherungswerte zu berücksichtigen und die im Rückblick offenbar ge-

59) Vgl. die kritische Stellungnahme zu *Lerche* und *Scholz* von *Frowein*, Gewährleistung der Aussperrung, 36 f. und 37 ff.
60) *Zöllner*, Aussperrung, 37 ff.; *Raiser*, Aussperrung, 71, 73 ff. und *Reuter*, Streik und Aussperrung, 275 ff., 284
61) *Raiser*, Aussperrung, 71
62) *Raiser*, Aussperrung, 71

wordenen strukturellen und nachhaltigen Störungen des Gleichgewichts möglichst zu beseitigen.[63] Auch darf das Recht nicht seinerseits versuchen, das Gleichgewicht zu stören oder zu beseitigen. Damit ist nun nicht nur die Frage nach der Leistungsfähigkeit des Rechts gestellt. Auch der Stellenwert der „sozioökonomischen" Bilanzierung von Opfer und Risiken sowie des finanziellen Leistungs- und Durchhaltepotentials im Hinblick auf die rechtliche Wertung dieser Faktoren wird relativiert. In der Doktrin wurden denn auch von *Zöllner, Seiter, Raiser* und *Reuter* die bisherigen sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse oder sozialethischen Erwägungen, welche ein generelles Übergewicht der Arbeitgeber nachweisen sollten, m.E. überzeugend widerlegt oder doch immerhin als nicht ausreichend für eine pauschale Schlussfolgerung angesehen.[64] Auf diese Ausführungen soll hier verwiesen werden. Allein das immer wieder angeführte Argument der unterschiedlichen tatsächlichen Betroffenheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch Kampfmassnahmen sei näher betrachtet.

Die Unzulässigkeit der Aussperrung wird einmal damit begründet, „dass der Streik die wirtschaftliche und soziale Existenz des Arbeitnehmers erheblich mehr bedrohe, als diejenige des Arbeitgebers".[65] Dem wird aber entgegnet, dass beiden Seiten zu Unrecht unterstellt werde, der Zwang zum Nachgeben beginne erst mit dem Zwang zu persönlichen Einschränkungen. Das Risiko der Arbeitgeberseite müsse auf einer anderen Ebene, nämlich der der Unternehmensrentabilität und ihrer Gefährdung, angesetzt werden,[66] was besonders bei mittleren und kleineren Unternehmen der Fall sei.[67] Somit gehe es im Arbeitskampf „letztlich nicht um den Konflikt zwischen den Individualinteressen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern um

63) Ders., a.a.O., 71 f.
64) *Raiser*, ebd. 73 ff.; *Zöllner* a.a.O., 37 ff. und *Seiter*, Streikrecht, 278 ff., 290 und Folgerungen für die rechtliche Bewertung 293 f.; *Reuter*, Streik und Aussperrung, 285
65) So *C. Noe*, Gebändigter Klassenkampf und Tarifautonomie, 1970, 221; *Kittner*, Parität (Fn 57), 91, 93; so auch neustens *Wohlgemuth*, Staat und Arbeitskampf, Diss. Würzburg 1974, 127
66) *Reuter*, Streik und Aussperrung, 284 f.
67) Solche Unternehmen sind nach *Reuter* durch die arbeitskampfbedingten Produktionsausfälle besonders hart betroffen, 285

eine angemessene Balance zwischen den gesamtgesellschaftlichen Anliegen einer rentabel geführten Volkswirtschaft und einer gerechten Sozialordnung" (Reuter).
Seiter weist daraufhin, dass, auch wenn nicht ausgesperrt würde, schon allein der Streik selbst den Lohnverlust zur Folge habe und damit die wirtschaftliche und soziale Existenz des Arbeitnehmers bedrohe.[68] Überhaupt verkennt die Behauptung, dass der Arbeitnehmer mit dem Streik notwendig die Gefährdung seiner physischen Existenz eingehe, die wesentlich verbesserten sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer.

Andererseits erscheint mir dieses Argument aber immer noch dort von entscheidender Tragweite, wo es um die Stellung der Aussenseiter geht. Deren Los allein mit dem gewollten unterlassenen Gewerkschaftsbeitritt rechtfertigen zu wollen, scheint mir keine Lösung.[69]

Für ein Aussperrungsverbot wird zudem auch das generelle Machtgefälle zugunsten der Arbeitgeber aufgrund der bestehenden Eigentums- und Wirtschaftsordnung angeführt. Die grösseren finanziellen Reserven würden das Machtverhältnis zugunsten der Arbeitgeber verändern. Dem wird aber wiederum die unterschiedliche Interessenlage bei der Finanzierung von Arbeitskämpfen bei Arbeitgebern und Gewerkschaften entgegengehalten. Das Unternehmenskapital diene wesentlich auch zur Erhaltung der Produktions- und Investitionsbereitschaft und stehe für den Arbeitskampf nicht unmittelbar zur Verfügung. Auch seien kleinere Unternehmen mit geringeren Reserven sehr viel weniger schlagkräftig.[70] Für *Seiter* erscheint es überhaupt fraglich, ob der Ausgang von Auseinandersetzungen zwischen den Tarifparteien von deren absoluten Kräftereserven abhänge, werde der Kampf doch nur selten bis zur völligen Erschöpfung des Gegners geführt.[71] Arbeitgeber und Gewerkschaften würden vielmehr in der Regel die mit Arbeits-

68) *Seiter*, Streikrecht, 279
69) Entgegen *Seiter*, ebd. 281 und *Raiser*, a.a.O. 76 f.
70) *Raiser*, a.a.O. 79
71) *Seiter*, Streikrecht, 289 f.

kämpfen verbundenen Kosten möglichst zu vermeiden suchen.[72] Somit steht die Lehre überwiegend auf dem Standpunkt, dass die Eigentums- und Wirtschaftsordnung, gerade dann, wenn sie Vermögensbeteiligungskonzeptionen und Mitbestimmung der Arbeitnehmer berücksichtigt, nicht uneingeschränkt geeignet ist, ein generelles Übergewicht der Arbeitgeber zu belegen.[73]

Seiter weist jedoch gleichzeitig auf eine bisher wenig beachtete Tatsache hin. Die bestehende Eigentums- und Wirtschaftsordnung zwinge nämlich die sozialen Gegenspieler in bestimmte Kampfrollen: Die Arbeitnehmerseite sei typischerweise Angreifer, die Arbeitgeberseite habe sich dieser Angriffe zu erwehren.
Dieser Gesichtspunkt könne bei der Ausgestaltung der Kampfmittel nicht unberücksichtigt bleiben.[74] Die unterschiedliche Ausgestaltungsbefugnis für Aussperrung und Streik ist denn auch weithin in der deutschen Literatur anerkannt.[75]

Erweist sich damit die Rechtstatsachenforschung – insbesondere in der Schweiz – als weitgehend unzureichend, um klarere rechtliche Wertungen zu erreichen, so versucht die jüngere deutsche Lehre doch auf die Frage, ob auf die Aussperrung oder einzelne ihrer Erscheinungsformen ohne Störung des Gleichgewichts verzichtet werden könnte, genauere Auskunft zu geben. Zunächst wird einmal nach der Notwendigkeit der Aussperrung in ihren Einzelformen zur Aufrechterhaltung der verfassungsrechtlich gebotenen Parität gefragt.[76] Ferner wird geprüft, ob nicht der Schutz anderer verfassungsrechtlich garantierter Rechtsgüter, z.B. der Schutz des Arbeitnehmers, eine einschränkende oder untersagende Haltung des Gesetzgebers gegenüber der Aussperrung erforderlich machen könnte.

72) *Seiter*, ebd. mit Hinweis auf die „collective bargaining Theorien", Fn 41
73) *Seiter*, Streikrecht 290; *Zöllner*, Aussperrung 31 f. und *Kaiser*, Parität, 46
74) *Seiter*, ebd. 290
75) Vgl. z.B. *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 135; *Seiter*, ebd. 294
76) Das BAG leitet diese Fragestellung aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit ab (Entscheidung v. 1971)

6.4.4.3. Zulässigkeit der suspendierenden Abwehraussperrung

Die Funktion der das Arbeitsverhältnis suspendierenden Abwehraussperrung liegt darin, dass der Arbeitgeber bei einem Angriffsstreik, der nicht alle (organisierten)[77] Arbeitnehmer des Kampfgebietes erfasst, den Kampfrahmen schlagartig auch auf die organisierten Arbeitswilligen ausdehnen kann. Eine totale Konfrontation mit hohem finanziellem Risiko und Einsatz der Gewerkschaften wird erreicht. Die ganz überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung[78] hält diese Aussperrungsform im Rahmen einer materiellen Kampfparität für erforderlich. Die verschiedenen Stellungnahmen verknüpfen die Frage der Erforderlichkeit dieses Kampfmittels eng mit der Zulässigkeit modifizierter Streikformen. Beispielsweise würde es die Taktik des Teilstreiks der Gewerkschaft erlauben, den Streik nur für einige bestimmte Betriebe oder Abteilungen auszurufen und entsprechend geringe Streikunterstützung zu zahlen. Die Wahl des Gegners würde dabei sicherlich nicht auf den wehrfähigsten fallen.
Beim Schwerpunktstreik wird der Streik auf Schlüsselpositionen beschränkt, deren Ausfall zahlreiche andere Faktoren der arbeitsteiligen Wirtschaft lahmlegt. Die Kampftaktik der Bestreikung eines einzelnen Unternehmens, bestimmter Abteilungen oder eines kleineren Tarifgebietes könnte der Gewerkschaft die Fortsetzung des Kampfes über lange Zeit ermöglichen. Auch wenn der finanzielle Zusammenbruch des Einzelunternehmens durch Solidaritätsleistungen des Arbeitgeberverbandes aufgefangen werden könnte, wäre doch der Verlust der Marktstellung ohne Gegenmassnahmen nicht abzuwenden (Verlust der Arbeitskräfte und Rückstand im technischen know-how). Bei Zulassung der Aussperrung wäre hingegen die Bestimmung der Länge des Arbeitskampfes nicht mehr allein den Gewerkschaften

77) Die hier vertretene Auffassung möchte die Aussperrung nur auf die organisierten Arbeitnehmer beschränkt wissen, in diesem Sinne auch *Schluep*, Überbordungsgefahren, a.a.O.
78) Vgl. *Seiter*, Streikrecht, 323 und Fn 37, auch mit Hinweisen auf gegenteilige Meinungen; *Zöllner*, Aussperrung 52 ff., 58 f.; *Raiser*, Aussperrung, 88 ff.; *Benda*, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, 231 f. und *Kaiser*, Parität, 53; ebenso *Löwisch*, „Streik und Aussperrung", Protokoll, 100 f.

überlassen; „unzulässige Engführung" des Kampfes durch Bestreikung einzelner Unternehmen statt Anstreben einer kollektiven Regelung wäre weitgehend ausgeschlossen. Das auf dem kollektiven Gleichgewicht beider Koalitionen beruhende Paritätsprinzip würde sonst aus den Angeln gehoben.[79)]

Die h.L.[80)] ist sich auch darüber einig, dass Durchhaltvermögen und Solidarität der Arbeitgeberseite, ebenso wie Massenänderungskündigungen nicht in gleicher Weise wie die Aussperrung das Niederkämpfen eines einzelnen Unternehmens verhindern können. Einmal könnten die Einbussen in der Konkurrenzfähigkeit auf dem Markte kaum ausgeglichen werden, zum andern müsste der Arbeitgeber angesichts eines Verbotes der suspendierenden Aussperrung auf die Massenänderungskündigung zurückgreifen. Diese Lösung brächte aber nicht nur den Nachteil der Schwerfälligkeit für den Arbeitgeber mit sich, sondern würde auch den Arbeitnehmern die Last der Vertragsbeendigung aufbürden.[81)]

Die suspendierende Aussperrung nimmt damit den Gewerkschaften die Möglichkeit, Kampf- und Tarifgebiet einseitig festzulegen. Nur so ist das Grundrecht auch der Arbeitgeber, sich in Koalitionen zusammenzuschliessen und deren Vorteile zu nützen, geschützt. Wo nun aber nicht nur die Interessen der Beteiligten, sondern im Hinblick auf die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems wesentliche Interessen der Allgemeinheit betroffen sind, müssen gemäss *Zöllner*[82)] besonders strenge Anforderungen an die Parität gestellt werden. Das öffentliche Interesse findet sich zudem in der Zielsetzung der Aussperrung wieder, Konflikte möglichst abzukürzen.

79) *Seiter*, Streikrecht, 329
80) *Raiser*, Aussperrung, 91 und *Seiter*, 323 ff., 327 und *Zöllner*, Aussperrung, 52 ff., 56
81) *Seiter*, Streikrecht, 327; die grundsätzliche Zulässigkeit der suspendierenden Abwehraussperrung wird auch von der schweizerischen Lehre geteilt, vgl. *Schluep*, s.o. Fn 3
82) *Zöllner*, Aussperrung, 54 f.; gegenteilige Auffassungen vermochten demgegenüber nicht durchzudringen, vgl. *Raiser*, 89 f.

Auch das amerikanische Arbeitsrecht, welches ein umfassendes System des „collective bargaining" ermöglichte, geht im Taft-Hartley-Act implicit von der Zulässigkeit der Aussperrung aus.[83]

6.4.4.4. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Verbots der lösenden Aussperrung

In der früheren Rechtsprechung des BAG und der älteren Lehre[84] wurde die lösende Aussperrung gerade mit dem Prinzip der Kampfparität begründet und für zulässig erklärt. Die Argumentation lautete, dass die Arbeitgeber während eines Streiks die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse suspendiert sind, nur noch dadurch treffen könnten, wenn sie die Arbeitnehmer der Gefahr aussetzen, den Arbeitsplatz endgültig zu verlieren.
Dieser Meinung scheint auch noch *Kaiser*[85] zu folgen, wenn er verlangt, dass die Wirkung der Aussperrung notwendig über die des Streiks hinausgehen müsse, die „Disposition über den Steigerungseffekt als der paritätischen Kampfstellung inhärent angesehen werden müsse".

Das BAG hat nun aber selbst in seiner Leitentscheidung von 1971 die Zulässigkeit der lösenden Aussperrung im Licht des Gebotes der Verhältnismässigkeit stark eingeschränkt. Die Arbeitgeber sollten nur auf längerdauernde und auf rechtswidrige (!) Streiks mit der lösenden Aussperrung antworten dürfen. Ausserdem solle mit diesem Mittel dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben werden, Arbeitnehmer, deren Arbeitsplätze wegrationalisiert oder neu besetzt wurden, freizuset-

83) So wird z.B. im Entscheid American Ship Building Company v. National Labour Relations Board, 380, U.S. 300 (1965) festgehalten, „that an employer is permitted to lockout in defense against unusual operational problems, hazards or losses that would occur if a threatened or imminent strike is called at a time that is particularly inopportune for the employer (f. ex. an especially hazardously timed strike)". Vgl. hierzu auch *Goldmann*, A., The Supreme Court and Labour Management Relations Law, Lexington 1976, 87 ff., 91 f.

84) Vgl. hierzu die Literatur- und Rechtsprechungsnachweise der lange in Deutschland herrschenden Meinung bei *Söllner*, Arbeitsrecht, 97 Fn 12.

85) *Kaiser*, Parität, 51

zen.[86] Diese Auffassung wird in der neueren deutschen Doktrin überwiegend nicht mehr geteilt.[87] So werden Zweifel laut, ob für das vom BAG noch belassene enge Anwendungsfeld der lösenden Aussperrung diese überhaupt noch erforderlich und verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sei. Es wird vielmehr klargelegt, dass der gleiche Effekt im Ergebnis auch mit den Mitteln der individualrechtlichen Kündigung erreicht werden könnte.[88] Dem Nachteil, die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels einhalten zu müssen, stehe der Vorteil des Arbeitgebers gegenüber, nicht an die Ultima-Ratio-Regel gebunden zu sein.

Die lösende Aussperrung wird von diesen Autoren als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen, weil die Arbeitnehmer regelmässig besonders hart getroffen werden.[89]

Auch *Seiter* ist der Auffassung, dass die rechtspolitische Ausgestaltung der Kampfmittel nicht von einem gesteigerten Arbeitsplatzrisiko als Druckmittel gegen die Arbeitnehmer ausgehen dürfe. Eine solche Wertung wäre gerade auch mit der ESCH nicht vereinbar. Für die Herstellung einer materiellen Kampfparität sei die Furcht der Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes nicht erforderlich, die entscheidenden Waffen des Arbeitgebers seien vielmehr der Entzug der Arbeit und des Lohnes.[90]

86) Vgl. die Ausführungen des Entscheids, abgedruckt bei *Hernekamp*, Aktuelle Dokumente, 54 ff.
87) *Raiser*, Aussperrung, 88; in dieser Richtung auch *Zöllner*, Aussperrung 58 (der Verfassung könne kein Gebot einer lösenden Aussperrung entnommen werden), ähnlich auch *Seiter*, Streikrecht 357 ff., 359
88) Zur schweizerischen Doktrin *Flühmann*, Auswirkung, 81: Rechtsgrundlage wäre hier Art. 337 OR
89) *Raiser*, Aussperrung, 88
90) *Seiter*, Streikrecht, 359

6.4.4.5. Zulässiges Verbot der Angriffsaussperrung

Dieser Frage mangelt es an besonderer praktischer Aktualität, denn auch in Deutschland wurde die Angriffsaussperrung seit 1945 nicht mehr praktiziert. Festzuhalten ist hier nur, dass die deutsche und schweizerische Doktrin überwiegend die Zulässigkeit eines Verbotes der Angriffsaussperrung wegen der besonderen sozialen Härte dieser Massnahme und den bestehenden Ausweichmöglichkeiten auf die Massenänderungskündigung annimmt.[91]

6.5. Anerkennung der Aussperrung in verschiedenen anderen Signatarstaaten der ESCH

6.5.1. Schweden/Dänemark/Norwegen

In Schweden ist die Anerkennung der Aussperrung in Lehre und Rechtsprechung unumstritten.[92] Ebenso sind in Dänemark und Norwegen Streik und Aussperrung gleichermassen anerkannte Druckmittel.[93] Das neue dänische Arbeitsgerichtsgesetz geht z.B. von der Zulässigkeit beider Massnahmen aus.[94] Im Unterschied zu Schweden muss aber in Dänemark und Norwegen die Rechtslage in der Weise interpretiert werden, dass die Aussperrung nicht die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Pflichten, sondern die Beendigung des Arbeitsver-

91) *Raiser*, Aussperrung, 85 f., vgl. auch *Zöllner*, Aussperrung 21 f., welcher die Beschränkung der zulässigen Aussperrung auf die Abwehraussperrung durchaus für verfassungsmässig hält; auch *Seiter*, Streikrecht, 337 ff.; nicht so eindeutig, aber im Ergebnis ebenfalls zustimmend *Reuter*, Streik und Aussperrung, 288; *Schluep*, Überbordungsgefahren, Separatdruck, 33 f. bezeichnet solche Aussperrungen generell als Überbordungen; vgl. auch *Flühmann*, Auswirkung, 80

92) Vgl. *F. Schmidt*, Das kollektive Arbeitsrecht Schwedens, Stuttgart 1968, 119 ff. und ders., RdA 1970, 345 ff.; *Tomandl*, Grundprobleme, 194 spricht von „strikter Kampfparität"; vgl. auch *F. Schmidt*, The right to strike in a national context, en Hommage *P. Horion*, Liège 1972

93) Hierzu *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 70 f und *Zöllner*, Aussperrung, 11, Fn 19 mit weiteren Hinweisen

94) *Mitscherlich* a.a.O., 70 mit Nachweisen

hältnisses bewirkt.[95] Nachteilige Folgen dieser Lösung lassen sich aber in der Praxis nicht erkennen.

6.5.2. Grossbritannien und Irland

Streik und Aussperrung sind in Grossbritannien gleichermassen gewährleistet.[96] Die Frage der rechtlichen Wirkung des Streiks auf das Arbeitsverhältnis kann im Augenblick nach der heute geltenden gesetzlichen Regelung nicht genau beantwortet werden. Jedenfalls hat der Trade Union and Labour Relations Act von 1974 (Amendment 1976) den Industrial Relations Act von 1971 in weiten Teilen aufgehoben und auch die in sec. 147.1 geregelte suspendierende Wirkung des Streiks erfasst.[97] Die Ablehnung einer Wiedereinstellung von Arbeitnehmern nach erfolgter Aussperrung gilt jedoch auch nach der neuen Rechtslage als „unfair dismissal", denn gemäss sec. 1 des LRA von 1974 wurde sec. 25 des Gesetzes von 1971 wieder in Kraft gesetzt. – In Irland sind Streik und Aussperrung ebenfalls rechtlich anerkannte Kampfmittel.[98]

6.5.3. Die Beneluxländer

Auch wenn die Aussperrung ein äusserst selten angewandtes Kampfmittel darstellt, ist sie doch in den Niederlanden grundsätzlich rechtlich anerkannt.[99] In der die letzten Jahre beherrschenden Diskussion

95) *Mitscherlich*, ebd. 70 f.; im Unterschied zu Schweden vgl. hierzu *Tomandl*, Grundprobleme, 194

96) *Aaron/Wedderburn*, Industrial conflict, 290 f.; *Kitchen*, Streik und Aussperrung in Grossbritannien, in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 281 ff. und *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 73 f.

97) Ob damit die schon vor 1971 gerichtlich anerkannte Suspensionswirkung gilt, ist umstritten, vgl. *Mitscherlich*, a.a.O. 74

98) *Mitscherlich*, ebd., 75

99) *Hofnagels*, Streik und Aussperrung in den Niederlanden, in „Streik und Aussperrung," Protokoll, 251 ff.; *Zonderland*, Versuche einer gesetzlichen Regelung des Streikrechts in den Niederlanden, 309 ff.; *Molenaar*, Streik und Aussperrung, Sammlung des Arbeitsrechts der EWG V, Luxemburg 1961 und: Jura Europae, Droit du travail, München/Paris Stand 1974, II

um die Kodifizierung des Arbeitskampfrechts scheint aber kaum Zustimmung zu der rechtspolitischen Variante erkennbar, Streik und Aussperrung in allen ihren Ausdrucksformen rechtlich gleich zu werten und gleich auszugestalten.[100] Beispielsweise *Höfnagels* hält den Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung an die Arbeitswilligen verpflichtet.[101] Diese Rechtslage ist aber nicht so unumstritten. So ist von der Rechtslage, welche die Entscheidung des Hoge Rad v. 1960 im Hinblick auf die rechtlichen Auswirkungen von Streik und Aussperrung auf das Arbeitsverhältnis schuf, in den Vorarbeiten für ein künftiges Arbeitskampfgesetz wesentlich abgewichen worden. Die Gesetzesentwürfe von 1969 gehen zumindest für das Streikrecht von der Suspendierung der Vertragspflichten aus.

Von Bedeutung ist, dass nun die Gesetzesentwürfe zwar nicht die Aussperrung ausdrücklich anführen, aber doch dem Arbeitgeber das Recht ebnen, *alle* Streikenden fristlos zu entlassen. Die Notwendigkeit, allen Streikenden zu kündigen, macht dieses Kampfmittel aber für die Arbeitgeber kaum sehr attraktiv.[102]

Dass durch diese Lösung die Möglichkeit der Aussperrung für die Arbeitgeber aber nicht ausgeschlossen sein sollte, scheint sich m.E. daraus zu ergeben, dass die ESCH und ihre Anforderungen für die Ausgestaltung des holländischen Entwurfes eine entscheidende Rolle spielten.[103]

Auch in Belgien und Luxemburg[104] kann die Aussperrung als grundsätzlich anerkannt gelten. Zumindest im Bereich des Streikrechts hat sich in diesen Ländern heute die Suspensionswirkung durchgesetzt.

100) *Höfnagels*, a.a.O. 252
101) Ders., 259
102) *Höfnagels*, ebd. 258
103) *Hofnagels*, ebd 255 und besonders ausführlich *Mitscherlich*, 107 und *Zonderland*, 313
104) *Horion*, Streik und Aussperrung nach belgischem Recht, 1961, (Fn 99), 149 ff.; *Monjeau*, Arbeitskampfrecht in der EWG, Diss. Fribourg 1967, 29 und *Taquet/Wantiez*, Le lock-out, in Journal des tribunaux de Travail, 1975, 1 ff.; vgl. auch *M. Weiss*, Entwicklung des belgischen Streikrechts, RdA 1974, 207 ff.

6.5.4. Italien und Frankreich

Im Gegensatz zu den genannten Ländern lehnt die italienische Lehre die Aussperrung ab; Aussperrung wird dabei als zivilrechtliches Delikt, welches den Arbeitgeber zu Schadenersatz verpflichtet, angesehen.[105] Es war deshalb gerade auch die italienische Rechtssituation, welche der Expertenausschuss der ESCH kritisierte. In dem ausserordentlich arbeitnehmerfreundlichen Statuto dei Lavoratori v. 5.5.1970 ist diese Rechtslage nun ausdrücklich in Art. 28 festgehalten.
Auch die überwiegende Lehre scheint davon auszugehen, dass schon der Verfassungsgeber durch ausdrückliche Normierung allein des Streikrechts dem fundamentalen Ungleichgewicht von Arbeitgeber und Arbeitnehmer genügend Rechnung getragen habe und jede rechtliche Gleichstellung von Streik und Aussperrung verbieten würde.[106]

Im Hinblick auf die strafrechtliche Seite der Streik- und Aussperrungsproblematik hat jedoch der Verfassungsgerichtshof in einem Entscheid vom 4. 5. 1960 die bis dahin im StGB verankerte Strafbarkeit der Aussperrung für verfassungswidrig erklärt. Insoweit ist damit die Aussperrungs*freiheit* anerkannt.[107] Hieraus wird aber keine entsprechende Lage für den zivilrechtlichen Bereich abgeleitet.

Immerhin wird auch für die italienische Rechtslage anerkannt, dass die Zurückweisung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber dann keine zivilrechtliche Haftung bewirke, wenn sie auf Unmöglichkeit der Annahme der Arbeitsleistung, d.h. auf höherer Gewalt beruhe (Unmöglichkeit der Fortführung des Betriebes). Bei schweren Ausschreitungen der Streikenden mit der Folge der objektiven Unmöglichkeit der Fortführung des Betriebes, ebenso dann, wenn ein Streik bei zusammenhängenden Arbeitsabläufen die Verwendung der Ar-

105) *Mengoni*, Streik und Aussperrung in Italien, Luxembourg 1961, 307 ff. und *Giugni*, Streik und Aussperrung in Italien, in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 265 ff. Vgl. auch *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht 83 f. mit Hinweisen in Fn 281
106) *Giugni* a.a.O., 277
107) *Guigni* ebd.

beitsleistungen hindere, müsse dem Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen.[108)]

Dies lässt sich als erstes Anzeichen verstehen, dass der Arbeitgeber bei besonders schweren Streikformen, welche die Auswirkungen eines „normalen" Streiks bei weitem übersteigen, z.B. bei einem Schwerpunktstreik auch in Italien nicht ganz machtlos ist. Eine eindeutige Anerkennung und Bestätigung dieses Ergebnisses kann aber zumindest für den Schwerpunktstreik nicht erbracht werden. Immerhin scheint die italienische Rechtsordnung in anderen Fällen der Anwendung besonders schwerer, modifizierter Streikformen zum Urteil der Rechtswidrigkeit zu gelangen, so bei „Stotterstreiks", „Schachbrettstreiks" usw.[109)] In diesen Fällen kann also die generelle Unzulässigkeit der Aussperrung, soweit nicht die objektive Unmöglichkeit der Fortführung des Betriebes anzunehmen wäre, dadurch kompensiert gedacht werden, dass die Streikform selbst als rechtswidrig angesehen wird.[110)]

Ähnliche Entwicklungen lassen sich in Frankreich erkennen, wo man ebenfalls von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Aussperrung ausgeht. Der Verzicht auf eine grundsätzliche Garantie der Aussperrung mag insoweit tragbar erscheinen, als der Kassationshof (cour de cassation)[111)] besonders schädliche Streikformen für unzulässig erklärt hat und hiergegen den Arbeitgebern ein zivilrechtliches Leistungsverweigerungsrecht gewährt.

So zieht z.B. ein Teilstreik zwar nicht unbedingt die Zulässigkeit des

108) *Giugni*, Streik und Aussperrung, 279 f.; hierauf verweist auch *Reuter*, Streik und Aussperrung, 286

109) Beim „Stotterstreik" legen die Arbeitnehmer die Arbeit in Abständen für einen Tag oder mehrere Stunden nieder. Beim „rotierenden" oder „Schachbrettstreik" treten nach einem genauen Plan Arbeitnehmer in verschiedenen Betrieben nacheinander nur kurzfristig in den Ausstand.

110) Zum Gedanken der Austauschbarkeit der beiden Wege entsprechend der Idee gleichartigen Schutzes vgl. *Seiter*, a.a.O. 325; *Zöllner*, a.a.O. 58 und *Wiedemann*, RdA 1969, 321

111) Vgl. *Lyon/Caen*, Streik und Aussperrung, in Frankreich, „Streik und Aussperrung", Protokoll, 341 f. und 340

Leistungsverweigerungsrechtes nach sich, aber bei tatsächlicher Betriebs- und Arbeitsunmöglichkeit findet eine Versetzung der Arbeitnehmer in sog. „technische Arbeitslosigkeit" statt.[112] Dabei dürfen aber die finanzielle Lage und die Rentabilität nicht die einzigen Gründe für die Annahme der Unmöglichkeit, einen Betrieb fortzuführen, darstellen.

Bevor ein endgültiges Urteil über den Stellenwert von Kampfmassnahmen des Arbeitgebers in dieser Rechtsordnung gefällt werden kann, ist zu berücksichtigen, dass das Kündigungsrecht des Arbeitgebers hier eine weitaus umfassendere Schutzfunktion erfüllt als in vergleichbaren Rechtsordnungen, welche, wie die deutsche die Aussperrung anerkennen, aber gleichzeitig einen ausgebauten Kündigungsschutz aufweisen. Rechtsvergleichung muss hier immer die tatsächliche Bedeutung eines Rechtsinstitutes zu ermessen suchen.[113]

Den rechtsvergleichenden Betrachtungen kann das Ergebnis entnommen werden, dass die durch den Expertenausschuss der ESCH erfolgte Anerkennung der Aussperrung von den meisten westeuropäischen Rechtsordnungen gedeckt ist.
Die paritätische Arbeitskampfkonzeption[114] von Art. 6 Abs. 4 ESCH findet in dieser Tatsache einen deutlichen Rückhalt.

112) *Lyon/Caen* a.a.O., 343 kommt zum Schluss, dass das höchste französische Gericht nicht unter allen Umständen bereit sei, die Aussperrung zu legalisieren: Nur die absolute Arbeitsunmöglichkeit und die Rechtswidrigkeit des Streiks berechtigten den Arbeitgeber, sein Zurückbehaltungsrecht auszuüben.

113) So auch *Söllner*, Aussperrung, 13 und *Reuter*, Streik und Aussperrung, 288

114) *Seiter*, Streikrecht, 172. – Auch die schweiz. Expertenkomission für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, Bericht 67, liess sich von dieser Konzeption leiten.

7. Die Aussagekraft des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als Schranke der Ausübung von Streik- und Aussperrungsrecht

7.1. Die inhaltliche Umschreibung dieses Prinzips in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung

7.1.1. Die Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips in der Leitentscheidung des BAG v. 21. 4. 1971 [1)]

Da Streik und Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig berühren, müssen nach Auffassung des BAG Arbeitskämpfe unter das oberste Gebot der Verhältnismässigkeit gestellt werden. Hierbei seien die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl dürfe nicht offensichtlich verletzt werden.[2)]
Diese Erkenntnis führte das BAG im wesentlichen zu drei Folgerungen:

a) Arbeitskämpfe dürfen nur insofern eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmässiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind. Jede Arbeitskampfmassnahme – sei es Streik, sei es Aussperrung – darf ferner nur nach Ausschöpfung aller Verständnismöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muss also das letzte mögliche Mittel sein.[3)] Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich.

b) Auch bei der Durchführung des Arbeitskampfes selbst und zwar sowohl beim Streik wie bei der Aussperrung, ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die Mittel des Arbeitskampfes dürfen ihrer Art nach nicht über das hinausgehen, was zur Durchsetzung des erstrebten Zieles jeweils erforderlich ist. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit betrifft also

1) BAG Bd 23, 292 ff. = AP N 43 zu Art. 9 GG = RdA 1971, 189
2) Auch schon BAG 20, 175 = AP N 13 zu Art. 9 GG
3) Hier führt das Gericht zahlreiche weitere Rechtsprechungshinweise und Literatur an.

nicht nur Zeitpunkt und Ziel, sondern auch die Art der Durchführung und die Intensität des Arbeitskampfes. Der Arbeitskampf ist deshalb nur dann rechtmässig, wenn und solange er nach Regeln eines fairen Kampfes geführt wird. Ein Arbeitskampf hat nicht auf Vernichtung des Gegners auszugehen, sondern er hat den gestörten Arbeitsfrieden wiederherzustellen.

c) Nach beendetem Arbeitskampf müssen wegen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit beide Parteien ebenfalls dazu beitragen, dass sobald wie möglich und in grösstmöglichem Umfange der Arbeitsfriede wiederhergestellt wird.

Diese aus der Verhältnismässigkeitskontrolle gezogenen Folgerungen möchte nun das Gericht nicht als zwingendes, sondern als (tarif-)dispositives Recht aufgefasst wissen. Das will besagen, dass zunächst die Koalitionen in ihren Satzungen und Vertragsvereinbarungen aufgerufen sind, diesen Prinzipien nachzuleben. Erst „wenn und solange derartige Regelungen (noch) nicht bestehen", sei „nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob ein Arbeitskampf nach Anlass, Beginn, Art der Durchführung und weiterer Entwicklung rechtlich zulässig ist".

Nachdem das Gericht im weiteren die grundsätzliche Zulässigkeit der Aussperrung bejahte, konkretisierte es das Verhältnismässigkeitsprinzip im Verhältnis von Arbeitskampf und Arbeitsverhältnis.
So habe nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit jede einen Arbeitskampf eröffnende Massnahme, sowohl Streik wie Aussperrung, zunächst nur suspendierende Wirkung. Im Anfangsstadium des Arbeitskampfes würde regelmässig kein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an einer lösenden Wirkung der Aussperrung bestehen. Allein zusätzliche Umstände könnten es nach dem Gebot der Verhältnismässigkeit rechtfertigen, dass der Arbeitgeber zur lösenden Aussperrung übergeht, bzw. diese von vornherein erklärt.[4)]

4) Ob entsprechend diesen Ansätzen ein System von nach der Intensität abgestuften Kampfmitteln postuliert werden könnte, erscheint aber m.E. fraglich, hierzu s.u. S. 271 ff.

7.1.2. Ansätze zur Anerkennung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre

Gewisse Ansätze können vor allem der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Problem des Boykotts, d.h. der organisierten Meidung von Nichtmitgliedern eines Kartells im wirtschaftlichen Wettbewerb entnommen werden. Jahrzehntelang hat die Gerichtspraxis[5] die Wettbewerbsfreiheit in Anlehnung an die Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen, insbesondere der sittenwidrigen Schädigung zu würdigen und wahren versucht. In einer im Hinblick auf die Anerkennung eines wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts des Geschädigten schwankenden und damit auch in den Ergebnissen unterschiedlichen Praxis, wurde der Boykott insofern als sittenwidrig angesehen, als der verfolgte Zweck oder die angewandten Mittel gegen die guten Sitten verstossen, oder zwischen angerichtetem Schaden und erstrebtem Vorteil ein offenbares Missverhältnis besteht.[6] Rechtsprechung und Lehre haben diese Anforderungen verschiedentlich konkretisiert.[7] Sah das BGer in der früheren Praxis den Boykott noch als grundsätzlich erlaubtes Kampfmittel an, so trat mit BGE 86 II 365 eine Wendung ein. Das wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht wurde in den Mittelpunkt gestellt, die Verletzungen dieses Rechtes durch Boykott als grundsätzlich widerrechtlich hingestellt. Die Verletzung sei nur gerechtfertigt, wenn der Boykottierende damit „offensichtlich überwiegende, berechtigte Interessen" verfolge, „die er auf keine andere Weise wahrnehmen könne".

Eine direkte Übertragung dieser Rechtsprechung auf den Arbeitskampf muss abgelehnt werden. Andernfalls müsste man die wesentlichen Unterschiede zwischen Arbeitskampf und wirtschaftlichem Konkurrenzkampf sowie die ihnen zugrundeliegenden Bedingungen über-

5) BGE 85 II 552; 82 II 299 und dort zit. Entscheide, z.B. 81 II 122, 76 II 285 und 56 II 435

6) BGE 73 II 76 und 91 II 37

7) *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 127 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

sehen. Der Arbeitsmarkt beruht nicht auf dem Wettbewerbsprinzip, sondern ist durch die Anerkennung der Koalitionen und ihrer Funktionen wesentlich gegengewichtig organisiert.[8] Würde man zudem den „Vertglas"-Entscheid unmittelbar auf den Arbeitskampf übertragen, so würde sich Arbeitskampf als grundsätzlich widerrechtlich mit erst nachträglicher Heilungsmöglichkeit durch besondere Rechtfertigungsgründe erweisen. Diese der früheren deutschen Lehre und Rechtsprechung[9] entsprechende Sicht wurde aber in der Schweiz zu keiner Zeit für den Arbeitskampf anerkannt[10] und ist heute auch in Deutschland überholt.[11] Sowohl eine verfassungsrechtlich anerkannte Streikfreiheit wie ein eigentliches Streikrecht würden eine solche Lösung nicht zulassen. Zwar wird kaum bestritten werden, dass die Anerkennung des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts auch für den Bereich des Arbeitskampfes Bedeutung hat, die Frage nach der Rechtmässigkeit des Arbeitskampfes und dem ihm zukommenden Spielraum entscheidet sich aber erst in einer richterlichen Abwägung der Interessen.[12]

Demgegenüber darf der vom BGer an die Kampfmassnahmen angelegte Massstab der Verhältnismässigkeit und die Begrenzung der richterlichen Überprüfungsbefugnis durch den Gesichtspunkt des „offensichtlichen Missverhältnisses" als wichtiger Ansatzpunkt auch für eine Fortbildung des Arbeitskampfrechts angesehen werden. Diesen Lösungsansatz bestätigt z.B. auch Art. 5, Abs. 1 Kartellgesetz, indem die negativen Auswirkungen der ausnahmsweise gerechtfertigten Kampfmassnahmen im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach

8) Art. 1 Kartellgesetz gilt gerade nicht für „ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betr. Vorkehren"; zum Unterschied zwischen Wettbewerbsverhältnis und Arbeitsmarkt vgl. *Heither*, Das kollektive Arbeitsrecht, 80; *Fluhmann*, Auswirkung, 51 f. und *Schluep*, Überbordungsgefahren 116; ebenso *Reuter*, Die Arbeitskampffreiheit, 547 ff.

9) Hierzu *Söllner*, Arbeitsrecht 85 f. und *Kaiser*, Parität, 49 (kritisch)

10) Vgl. *Oser/Schönenberger*, Kommentar zum OR, ad Art. 41 OR, N 21 und N 40 ff; vgl. auch *Schluep*, ebd. 117 und *Flühmann*, ebd. 53

11) Nach dem Urteil des BAG von 19. 6. 1973 besteht für den gewerkschaftlichen Streik eine Rechtmässigkeitsvermutung.

12) *Oser/Schonenberger*, Kommentar zum OR, N 44 ad Art. 41, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGer; vgl. auch *Flühmann*, Auswirkung, 53

Art und Durchführung nicht übermässig sein dürfen.

Die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die Einbindung des Arbeitskampfes wird auch in der neueren schweizerischen Lehre keineswegs verkannt.[13] Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, gerade in seinen verschiedenen vom BAG dargelegten Varianten, wird als Konkretisierungs- und Hilfsmassstab für die Interessenabwägung zur Feststellung der Sittenwidrigkeit nach OR Art. 41 Abs. 2 angesehen.[14]

7.1.3. Zulässigkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips als Kampfgrenze nach der ESCH

Nach den Aussagen des Expertenausschusses sind Einschränkungen des Streiksrechts wie z.B. „l'interdiction des grèves contraires aux bonnes moeurs ou à l'ordre public" mit der ESCH insoweit vereinbar, als die in Art. 31 ESCH vorgesehenen Voraussetzungen eingehalten werden.[15] Die Regelung im Anhang zu Art. 6 Abs. 4 ESCH in Verbindung mit Art. 31 ESCH lässt solche Begrenzungen des Streikrechts zu, die „in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind". Auch der gegenüber dem Kriterium der guten Sitten speziellere Massstab des Übermassverbotes[16] muss demnach als zulässige Begrenzung des Streikrechts zum Schutze der in Art. 31 ESCH genannten Rechtsgüter angesehen werden.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip in Deutschland durch die Rechtsprechung, nicht

13) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 116 f. und *Flühmann*, Auswirkung, 54 f. mit deutlicher Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG; deutlich auch *Stauffacher*, Mitbestimmung 175 ff.
14) *Flühmann*, Auswirkung, 53 ff.
15) Vgl. Conclusions II, 27
16) *Seiter*, Streikrecht, 520

durch die in Art. 31 ESCH vorgesehene Gesetzgebung herausgearbeitete wurde. Vielmehr wurde die richterliche Beschränkung des Streikrechts von den Experten als mit den Forderungen der ESCH konform befunden.[17]

7.2. *Die Funktion des öffentlichrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Ausgestaltung der Kampfinstrumente*

7.2.1. Vorbemerkung

Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Schranke staatlicher Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen, gekennzeichnet durch die Kriterien der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, hat das schweizerische Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung zur Konkretisierung der Grundrechte herangezogen; so vor allem im Hinblick auf die Eigentumsgarantie und Handels- und Gewerbefreiheit. Verschiedentlich wurde das Verhältnismässigkeitsprinzip vom BGer als „Verfassungsgrundsatz" aufgefasst,[18] gelegentlich aber auch unmittelbar aus BV 4 deduziert.[19] Richtig dürfte aber die Ansicht sein, dass es gerade das Grundrecht selbst ist, welches die Verhältnismässigkeit statuiert.[20]

Kann nun aber die als Schranke staatlicher Eingriffe dienende Verhältnismässigkeitskontrolle zugleich auch als Grenze der Grundrechtsausübung selbst wirken? Ein Teil der deutschen Literatur hat hier geltend gemacht, dass das BAG statt nach der Verhältnismässigkeit der Arbeitskampfmassnahmen nach derjenigen der Eingriffe hätte fragen

17) So Conclusions I, 39 und 41
18) BGE 96 I 242; 99 Ib 156
19) BGE 90 I 343; 94 I 496 und 96 I 242; auch 98 Ia 280 f.
20) Vgl. *Saladin*, Das Verfassungsprinzip der Fairness in: „Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, Basel 1975, 61; zum Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. auch *Saladin*, Grundrechte im Wandel, 355 ff.

müssen.[21]

Im Folgenden ist nun zu untersuchen, ob sich das öffentlichrechtliche Übermassverbot in seiner ursprünglichen verfassungsrechtlichen Funktion auch als Grenze für die Betätigung der kämpfenden Parteien auswirken kann.

7.2.2. Zur dogmatischen Rechtfertigung des öffentlichrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips im Hinblick auf die organisationsrechtlichen Massnahmen des Gesetzgebers

Zunächst ist deutlich zu unterscheiden, ob der Gesetzgeber bzw. der rechtsfortbildende Richter bei der Bereitstellung der Kampfinstrumente und der Umschreibung ihrer Grenzen das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren hat – hier geht es um das öffentlichrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip – oder ob das Verhalten der Kampfparteien selbst unmittelbar dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz unterstellt werden soll. Letzterer Fall spricht das privatrechtliche Übermassverbot an.

Der Gesetzgeber hat zunächst die Kampfformen zu schaffen, damit die Kämpfenden auch von ihrer Freiheit sinnvoll Gebrauch machen können. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz vermag den Gesetzgeber einmal insofern zu leiten, als er bei der Ausgestaltung der Kampfmittel den Grundsatz der Geeignetheit und Erforderlichkeit zu wahren hat.[22] Freiheitsverwirklichung und Freiheitsbeschränkung liegen hier

21) *Joachim, H.*, Ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens Arbeitskampf, AuR 1973, 289 ff. = Protokoll der IG-Metall, 27 ff., 35 und *Säcker*, Zu den rechtspolitischen Grundlagen..., 297 und vgl. s.u. S. 239 f.

22) Das BVerfG schützt in Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit die Betätigungen, die geeignet und erforderlich sind, um den Koalitionszweck wirksam zu erfüllen; vgl. s.o. S. 208 ff.; für *Seiter* beanspruchen die Kriterien der Eignung und Erforderlichkeit auch bei der Ausgestaltung der Kampfmittel Geltung, 148 f.

eng beieinander.[23]

Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Schranke staatlicher Eingriffe behält auch im Bereich der organisatorischen Gestaltung der Arbeitskampfmittel seine volle Bedeutung, wenn man bedenkt, dass das Arbeitskampfrecht beiden Parteien ein Recht auf Verletzung grundrechtlich geschützter Interessen (z.B. der Eigentumsgarantie) sowohl der Gegenpartei wie von Dritten gewährt.[24] Die Verwirklichung einer funktionsfähigen Tarifautonomie einerseits und der Schutz der durch den Arbeitskampf tangierten Rechtsgüter andererseits verlangen vom Gesetzgeber eine Abwägung der verfassungsrechtlich geschützten Interessen. Der die verfassungsrechtliche Arbeitskampffreiheit ausgestaltende Gesetzgeber ist aufgerufen, jedem Rechtsgute Wirklichkeit zu verleihen, diese in „praktischer Konkordanz" zuzuordnen.[25] Die Kollision zwischen dem Koalitionsinteresse an möglichst umfassendem Schutz der Arbeitskampffreiheit vor Beeinträchtigungen und dem Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung vor Gefahren der Arbeitskämpfe soll mit dem Ziele gelöst werden, jedes Rechtsgut zu optimaler Entfaltung zu bringen.[26] Die Gebote der Eignung und Erforderlichkeit beinhalten damit genau die Anforderungen, an denen sich „ein Rechtssetzungsorgan bei der Regelung von Interessenkonflikten zu orientieren hat".[27] Der Gesetzgeber kann nur die zur eigenen Zweckverfolgung geeigneten und unerlässlichen Eingriffe einer Partei in die konkurrierenden Interessen der Gegenpartei oder Dritter dulden. Aus dem gleichen Grunde ist der ausgestaltende, organisierende Gesetzgeber aber auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in dem Sinne unterworfen, als er erforderlich erscheinende Massnahmen einer Kampfpartei dann nicht zugestehen darf, wenn diese den Kampf-

23) *Seiter*, Streikrecht, 111 f. und ausführlich *Starck*, Freiheit und Organisation, 10 f.
24) So deutlich *Reuter*, Streik und Aussperrung, 281; ähnlich auch *Seiter*, a.a.O. 149
25) Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 28 f.; ausführlicher zu diesem Ansatz im Bereich der Koalitionsfreiheit: *Säcker*, Grundprobleme, 134 ff.; *Löwisch*, Übermassverbot, 319 ff., 323; *Reuter*, Streik und Aussperrung, 281 f. und *Schluep*, Überbordungsgefahren, 120: „Das Prinzip des Arbeitskampfes sei zu anderen Ausprägungen des Gemeinwohls möglichst in Konkordanz zu setzen".
26) *Seiter*, Streikrecht, 117 und 545
27) So *Reuter*, Streik und Aussperrung, 281

gegner unverhältnismässig hart träfen.[28] Herstellung praktischer Konkordanz zwischen verschiedenen Rechtsgütern bedeutet insofern immer *verhältnismässige*[29] Zuordnung von Rechtsgütern.
Die demgegenüber in der deutschen Literatur vertretene Meinung,[30] dass das Verhältnismässigkeitsprinzip im Bereich des Organisationsrechtes keinen Raum habe, vermag nicht durchzudringen. Denn das Organisationsrecht des Gesetzgebers möchte einen gesellschaftlichen Freiheitsbereich gerade dadurch umfassend regeln, indem es den verschiedenen Anliegen der Freiheit auf verfahrensrechtlichem Wege möglichst die gleiche Chance zur Verwirklichung einräumen will.[31]
Ein generelles gesetzliches Verbot der Aussperrung, wie es z.B. *Lerche* zulassen will,[32] wäre eine unverhältnismässige Beeinträchtigung der Arbeitgeberkoalitionen. Sind nämlich der Aussperrung adäquate Kampfmittel als Alternative für den Arbeitgeber nicht erkennbar, so würde der Gesetzgeber durch sein Verbot zu einer unzulässigen Gewichtsverlagerung im Kräfteverhältnis der Parteien beitragen. Andererseits müssten z.B. die Zulassung der das Arbeitsvertragsverhältnis lösenden Aussperrung und der Angriffsaussperrung zu einer unverhältnismässigen Beeinträchtigung der Rechtsgüter der Arbeitnehmer führen.[33]

Zum gleichen Ergebnis müsste man unter der Annahme gelangen, dass der Schutz der Koalitionsfreiheit sich auf die Rechtsverhältnisse unter Privaten erstreckt. Denn grundrechtliche Drittwirkung kann erst

28) *Seiter*, Streikrecht, 149: „Das Verbot der Unverhältnismässigkeit korrigiert die Erforderlichkeit".
29) *Hesse*, Grundzüge, 29
30) Vgl. *Lerche*, Zentralfragen, 81 f. und Übermass, 142 ff., 144, 146; ebenso *Säcker*, Grundprobleme, 133: Der Gesetzgeber könne in seiner positiven, „grundrechtsprägenden" Funktion (hierzu *Lerche*, Übermass, 106 f. und 112; sowie *Säcker*, 69) nicht an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden werden, da dieses auf die individuell-konkrete Einzelfallgerechtigkeit ausgerichtet sei und deshalb nicht auf die allgemeine grundsätzliche Ordnung des Organisationsrechts Anwendung finden könne; *Lerche*, Zentralfragen, 81 f. und *Säcker*, ebd. 133.
31) Zur Veranschaulichung vgl. das Beispiel der gesetzlichen „Organisierung" der Wissenschaftsfreiheit: BVerfGE JZ, 1972, 686 ff. und *Muller*, Soziale Grundrechte, 864 ff., 867
32) *Lerche*, Zentralfragen, 81 f.; vgl. auch s.o. S. 213 f.
33) Vgl. s.o. S. 220 ff.; das BAG orientiert sich immerhin insoweit am Verhältnismässigkeitsgrundsatz, als eine Aussperrung zunächst nur suspendierend und dann erst unter bestimmten Voraussetzungen lösend wirken soll.

dann konsequente Verwirklichung finden, wenn einmal der einen Kampfpartei die notwendigen Kampfmittel gegenüber der anderen Partei nicht vorenthalten werden und zum anderen unverhältnismässige Machtanwendung untersagt wird. Der Gesetzgeber hat die Drittwirkung der Grundrechte durch eine Güterabwägung zwischen den kollidierenden Interessen zu realisieren.[34]

In der modernen Grundrechtstheorie wird zudem verschiedentlich deutlich, dass der organisationsrechtlich vorgehende Gesetzgeber in seinen Grundrechtseingriffen gewissen Bindungen unterliegt und insbesondere auch das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren muss. *Leisner*[35] verweist z.B. darauf, dass bei einem Eingriff in die Eigentumsgarantie mit dem Ziel der Beschränkung der Eigentumsnutzung andere „gleichnützige" Arten der Eigentumsbeschränkung möglich oder offen bleiben müssen. Das kann einem Gesetzgeber, der beispielsweise die paritätische Mitbestimmung einführen will, wegen der Beschränkung der Koalitions- und Streikfreiheit eine eigentliche Pflicht zur „Kompensation" der Freiheitsbeschränkung auferlegen.[36] Der Kompensationsgrundsatz ist nach *Scholz* als „statuspositive" Ergänzung oder Variante des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu verstehen.[37]

34) Durch die Koalitionsfreiheit ist beiden Parteien die Teilnahmebefugnis am Auseinandersetzungsprozess der Tarifautonomie zuerkannt; diese beiden Koalitionen im öffentlichen Interesse übertragene Freiheit kann auch arbeitskampfrechtlich nicht irrelevant sein, *Raiser*, Aussperrung, 69

35) Vgl. *Leisner*, Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung, DÖV 1975, 73 ff.

36) *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung, 110 ff.; in den Ausführungen bei *Scholz* muss aber auffallen, dass Eingriffe in das Aussperrungsrecht durch die Mitbestimmung scheinbar keiner „Kompensationspflicht" unterliegen. Dieser Unterschied zum Streikrecht ist aber nicht gerechtfertigt.

37) Vgl. *Scholz* a.a.O., 111 f.

7.2.3. Gebot der Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bei der gesetzlichen Begrenzung der Kampfbetätigung

Der Gesetzgeber soll nicht nur die einzelnen Kampfformen herausbilden, sondern auch der Kampfbetätigung Grenzen setzen, denn auch Arbeitskampffreiheit kann nicht unbegrenzt gewährt sein. Die beschränkenden Eingriffe in die grundrechtlich gesicherte Arbeitskampffreiheit sind ebenfalls an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden. Wie das BVerfG[38] im Hinblick auf die Begrenzung der Arbeitskampffreiheit ausgedrückt hat, dürfen nur solche Beschränkungen aufgestellt werden, die zum Schutze anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Andernfalls wäre der verfassungsrechtlich geschützte Kernbereich der Koalitionsfreiheit berührt.

Sowohl die EMRK in Art. 11 Abs. 2, sofern man das Streikrecht auch in Art. 11 EMRK mitverankert ansieht, wie auch besonders die ESCH in Art. 31 bringen diesen Gedanken deutlich zum Ausdruck. So können Beschränkungen des Streikrechts nach der Anhangsbestimmung zu Art. 6 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 31 nur zugelassen werden, wenn sie zum Schutze der in Art. 31 näher aufgeführten Rechte, *notwendig* sind.
Gesetzliche Beschränkungen des wilden wie auch z.B. des Beamtenstreiks müssen sich an dieser Vorschrift messen lassen.

38) Vgl. zu dieser Rechtsprechung ausführlich *Seiter*, Streikrecht, 112 f. und ausführliche Nachweise in Fn 28.

7.3. Die Tragweite eines privatrechtlichen Übermassverbotes

7.3.1. Kann privates Handeln direkt am Verhältnismässigkeitsgrundsatz ausgerichtet werden?

Nach dem genannten Urteil des BAG soll das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur im Hinblick auf Drittbetroffene, sondern auch zwischen den Kampfparteien selbst herrschen. Ist damit beabsichtigt, dass das private Handeln unmittelbar unter die Grundsätze der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit gestellt werden darf?

In der deutschen Literatur wurden neben zustimmenden Stimmen[39] auch schwere Bedenken gegenüber den vom BAG aufgestellten Arbeitskampfgrenzen laut.[40] So würde nach *Säcker*[41] die Haltung des Gerichts in letzter Konsequenz bedeuten, dass *nur* verhältnismässige Arbeitskämpfe zulässig und die Freiheitsausübung selbst nur noch in den Grenzen des Verhältnismässigkeitsgebotes rechtmässig wäre. Entsprechend dürften auch andere Freiheitsbetätigungen im Rahmen der übrigen Kommunikationsgrundrechte wie der wirtschaftlichen Wettbewerbsfreiheit, der Meinungs-, Demonstrations- und Pressefreiheit nur bei verhältnismässiger, massvoller Handhabung anerkannt werden. Ein solches Vorgehen, die Freiheitsausübung selbst dem Gebote der Verhältnismässigkeit zu unterwerfen, statt die freiheitseinschränkenden Eingriffe am Übermassverbot zu messen, sei denn auch grund-

39) *G. Müller*, Arbeitskampfrecht, 321 ff. und ders., in: „Arbeitskonflikte und Arbeitskampf", 63, 69 ff.; *Scheuner*, Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, 327 ff.; *Reuter*, Streik und Aussperrung, 279 und ders., JuS 1973, 285 und *Schluep*, Überbordungsgefahren, 119

40) Vgl. *Joachim* in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 35 ff.; *Daubler*, Die unverhältnismässige Aussperrung, 642 ff.; *Reuss*, Das neue Arbeitskampfrecht, 355 und ders., Unzulässigkeit gerichtlicher Tarifzensur, 289 ff,. 291. Von diesen Autoren wird insbesondere auch bestritten, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip in seinem engen Bezug zum „vagen" Begriffsinhalt des Gemeinwohls taugliche rechtliche Kriterien für die Beurteilung spezieller Arbeitskampfprobleme bieten könne; vgl. auch hierzu *Reuss*, Die Bedeutung des Gemeinwohls, 319 ff. und *Joachim*, AuR 1973, 289 ff.

41) *Säcker*, Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampfentscheidungen des BAG, 287 ff. (297 ff.); so auch grundsätzlich *Joachim*, Verhältnismässigkeit, in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 35; dagegen aber *Ruthers*, ebd., Protokoll, 127 f. und ders. Tarifautonomie, 34

rechtsdogmatisch nicht abgesichert und rein politisch begründet. *Säcker* wirft dem BAG vor, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit von einem „Kontrollinstrument des Eingriffs zum Kontrollinstrument der Kommunikations- und Betätigungsfreiheit" umfunktioniert zu haben. Das Gericht habe gerade nicht erkennen lassen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur im öffentlich-rechtlichen Bereich, sondern auch im Verhältnis unter Privaten Anwendung finden könne.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht allein auf den öffentlichrechtlichen Bereich beschränkt ist. Auf privatrechtlicher Ebene findet sich nämlich eine ähnliche Problematik.

Durch die Ausübung von Kampfrechten wird in den Freiheitsbereich des Kampfgegners eingegriffen, wodurch die „Kollision zweier Rechtskreise" entsteht.[42] Bei einer solchen Rechtsgüterkollision kommen aber, wie angeführt, automatisch die Prinzipien der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ins Spiel. Ein Konflikt entsteht hierbei dann, wenn das Eindringen in den anderen Rechtskreis zur Verwirklichung eines bestimmten Zieles notwendig ist; erst die Abwägung kann hier entscheiden, ob die Beeinträchtigung vom Partner in Kauf zu nehmen ist.

Weniger die grundsätzliche Übertragbarkeit des Übermassgedankens vom öffentlichen Recht ins Privatrecht erscheint damit problematisch,[43] als die Reichweite und das Ausmass der Bindung der Privaten durch dieses Prinzip. Eine kritische Betrachtung der Rechtsprechung des BAG ist sicherlich dort am Platze, wo es bei der Verhältnismässigkeitskontrolle „die wirtschaftlichen Gegebenheiten" und die Verhältnismässigkeit des Kampfziels überprüfen will. Diese Formulierungen des Gerichts sind mehrdeutig und missverständlich. Sie könn-

42) *Lowisch*, Das Übermassverbot, 324 f. hat zum ersten Male die Verhältnismässigkeitsbindung der Kampfparteien vom Privatrecht her zu begründen und rechtfertigen versucht; auch *Zöllner*, Über einige extreme Thesen zum Arbeitskampfrecht, ZfA 1973, 237.

43) Vgl. hierzu die Beispiele aus verschiedenen Bereichen des Privatrechts, s.u. S. 242 ff.

ten so ausgelegt werden, dass das BAG auch die Höhe der dem Arbeitskampf zugrundeliegenden Tarifforderungen auf ihre Verhältnismässigkeit prüfen will.[44] Auch *Schluep* möchte zwar dem BAG insofern beipflichten, als die Verhältnismässigkeitskontrolle materiell darauf hinausläuft, den Vernichtungskampf auszuschliessen; er meldet aber Bedenken dort an, wo die Verhältnismässigkeit zwischen Zeitpunkt, Art und Durchführung einerseits und dem Kampfzweck andererseits gefordert wird.[45] Immerhin ist m.E. aber nicht zu verkennen, dass das Urteil des BAG auch Hinweise enthält, welche für einen weiteren Freiheitsspielraum der Kampfparteien sprechen. So soll das Gebot der Verhältnismässigkeit beinhalten, dass „das Gemeinwohl nicht offensichtlich verletzt werden darf" und dass ein Arbeitskampf „nicht auf die Vernichtung des Gegners abstellen" darf.[46]

Bevor nun auf die Begründung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes vom Privatrecht her näher einzutreten ist, muss klargestellt werden, dass die Bindung privaten Verhaltens an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nur im Rahmen des öffentlichrechtlichen Übermassverbotes zulässig ist. Es ist also zu fragen, ob die Betätigung Privater durch die unmittelbare Ausrichtung an den Grundsätzen der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit nicht zu sehr eingeschränkt wird und ob nicht der Gesetzgeber in Konkretisierung des öffentlichrechtlichen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes speziellere Regelungen für die Begrenzung privaten Verhaltens treffen muss.[47]

44) So auch die Kritik von *Rüthers*, Tarifautonomie, 35; *Löwisch*, Übermassverbot, 334 f.; *Reuss*, AuR 1971, 355 ff.
45) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 128
46) *Hernekamp*, Aktuelle Dokumente Arbeitskampf, 45/46
47) So *Seiter*, Streikrecht, 151

7.3.2. Illustrierung des privatrechtlichen Übermassverbotes an Beispielen aus dem allgemeinen Zivil- und Gesellschaftsrecht

7.3.2.1. Anwendungsfälle aus dem allgemeinen Obligationenrecht

Deutlich lässt sich die Berücksichtigung des Gedankens der Verhältnismässigkeit der Rechtsausübung in der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Privaten im Hinblick auf die Folgen der Nichterfüllung einer Obligation erkennen.[48)]

So geht der Gesetzgeber einmal davon aus, dass bei den meisten Obligationen nachträgliche Erfüllung möglich und deren Annahme für den Gläubiger zumutbar sein müsse.[49)] Gerade dieser Gedanke der Zumutbarkeit trägt die Idee der Verhältnismässigkeit in sich.[50)]

Diese Idee lässt sich auch ausserhalb des spezifischen Bereichs der Nichterfüllung von Obligationen im Obligationenrecht verfolgen. So muss es z.B. nach Treu und Glauben für den Gläubiger als zumutbar angesehen werden, eine Teilleistung anzunehmen, wenn die Teilleistung nur unerhebliche Differenzen zur Gesamtleistung aufweist. Dieser Rechtssatz ergibt sich aus dem in Art. 2 ZGB enthaltenen Rechtsmissbrauchsverbot und dessen Konkretisierung im Prinzip der schonenden Rechtsausübung.[51)]

Die Vorstellung von der Geltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes steht aber hinter der Möglichkeit, ein Dauerschuldverhältnis (z.B. einen Arbeitsvertrag) aus wichtigem Grunde zu lösen (OR 337). Art. 337 Abs. 2 OR umschreibt als wichtigen Grund den Umstand, bei des-

48) Ausführlich für das deutsche Recht *Metzner*, Das Verbot der Unverhältnismässigkeit im Privatrecht, Erlangen 1970, 7 ff. und *Rüthers*, Protokoll, 128; auch *Zöllner*, ZfA 1973, 237

49) *Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht, 219 ff.

50) Zum Zusammmenhang von Zumutbarkeit und Verhältnismässigkeitsgrundsatz sowie der Ableitung aus § 242 BGB vgl.: *Lücke*, Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit, in DÖV 1974, 769 ff.

51) Vgl. hierzu *Merz*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, N 326 und N 393 ff. ad Art. 2 ZGB; hierzu auch ausführlich s.u. S. 285 ff.

sen Vorhandensein dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht länger zugemutet werden kann. Dem Arbeitgeber soll also nicht mehr zugemutet werden können, die Kündigungsfrist abzuwarten. Auch hier ist wieder in der Frage der Zumutbarkeit die Verhältnismässigkeit als Kriterium der Abwägung der Vertragsinteressen berührt. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat nun darüberhinaus nicht nur im Zusammenhange mit Notwehrhandlungen ins Privatrecht hinübergewirkt,[52] sondern auch im Hinblick auf die Regelung der Übervorteilung in Art. 21 OR gesetzliche Konkretisierung erfahren. Schon nach Art. 2 Abs. 2 ZGB würde die Vertragsfreiheit dort ihre Grenze finden, wo ein offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründet wird. Das Verbot der Übervorteilung in Art. 21 OR ist spezieller Ausdruck des generellen Rechtsmissbrauchsverbotes.[53]

Zu ergänzen ist, dass der Gesetzgeber in verschiedenen privatrechtlichen Tatbeständen neben dem Kriterium der Verhältnismässigkeit auch das der Erforderlichkeit verwendet. Erwähnt sei z.B. Art. 278 OR, welcher dem Verpächter erlaubt, während der Pachtzeit die notwendigen Reparaturen am Pachtgegenstande durchzuführen. Auch das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag insbesondere Art. 422 OR kann hier nicht unerwähnt bleiben.

Das Merkmal der Erforderlichkeit und Notwendigkeit dient in diesen Fällen der Schlichtung von Interessen- und Rechtsgüterkollisionen in Fällen, in denen der Gesetzgeber selbst die Abgrenzung des erforderlichen Eingriffs nicht vornehmen kann.[54]

52) *Löwisch*, Übermassverbot, 325 und *M. Oberle*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Diss. Zürich 1952, 32 f.

53) Zu weiteren Fällen des allgemeinen Obligationenrechts, in welchen der Grundsatz schonender Rechtsausübung zum Tragen kommt, vgl. SJZ 42 (1946), 362 und SJZ 11 (1915), 349; vgl. zur Auslegung von Art. 21 OR: *Stark*, Die Übervorteilung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts, Basel 1975, 377 ff. und BGE 92 I 170

54) Vgl. *Löwisch*, Übermassverbot, 324 f. und ebenso *Seiter*, 155

7.3.2.2. Konkretisierung des Grundsatzes „schonender Rechtsausübung" im Gesellschaftsrecht

Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung wird heute allgemein in der schweizerischen Literatur als Ausfluss des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB angesehen.[55] Dieser Grundsatz will besagen, dass bei gegebenem Interesse an der Rechtsausübung diese unzulässig werden kann, „wenn sie einem anderen Nachteil bringt und wenn dieser Nachteil durch eine modifizierte, aber das gleiche Interesse verwirklichende Ausübung vermieden werden kann".[56] Eine ausdrückliche Normierung hat dieser Grundsatz im Recht der Dienstbarkeiten erfahren, wo nach Art. 737 Abs. 2 ZGB der Grunddienstbarkeitsberechtigte „sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben hat".[57]

Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung gewinnt auch dadurch an innerer Tragfähigkeit, wenn man sich den Gedanken grundrechtlicher Drittwirkung vergegenwärtigt.[58]
Im Gesellschaftsrecht verdient der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung besondere Beachtung,[59] weil er sich beispielsweise als geeignet erweist, die Interessen der Minderheitsaktionäre vor Machtmissbrauch der Mehrheit zu schützen. Ein solcher Machtmissbrauch der Mehrheit liegt regelmässig darin, dass Sondervorteile zum Nachteil der Minderheit mit einem Unternehmensvorteil verkoppelt werden. „Solches korporatives Handeln ist unzulässig, d.h. rechtsmiss-

55) Vgl. *Merz*, Berner Kommentar Einleitungsband, N 58/9 und N 324 f., 326, N 393 ff. zu Art. 2 ZGB
56) *Merz*, ebd. N 393 zu Art. 2 ZGB
57) *Liver*, Zürcher Kommentar, Die Grunddienstbarkeiten, 1968, N 43 (Grundsatz der Proportionalität) und N 49 zu Art. 737 ZGB und auch Einleitung N 49 ff., N 57; für das deutsche Recht vgl. die entsprechende Ableitung aus § 242 BGB: *Sörgel/Siebert/Knopp*, Kommentar zum BGB, 10. A. Stuttgart, 1967, Anm. 58
58) *Saladin*, Grundrechte im Wandel, 307 ff.; vgl. auch *Bürgi*, Zürcher Kommentar zum Aktienrecht, Einleitende Bemerkungen, N 78 und N 84, Zürich 1969
59) Hierzu *Bürgi*, Die Bedeutung der tragenden Ideen des schweizerischen Aktienrechts, in FS f. *W. Hug*, Bern, 1968, 273 ff. und *Meier-Hayoz/Zweifel*, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in FS f. *H. Westermann*, Karsruhe 1974, 383 ff.

bräuchlich, wenn der gleiche Unternehmensvorteil auf eine für die Minderheit weniger oder überhaupt nicht nachteilige Weise erlangt werden kann.[60] Gemeint ist damit vor allem die Rechtsmissbräuchlichkeit und die Anfechtbarkeit solcher Beschlüsse der Generalversammlung einer AG,[61] welche zwar im Gesellschaftsinteresse liegen, jedoch nicht die gesellschaftliche Pflicht der Mehrheitsaktionäre berücksichtigen, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Interessen der Minderheit genügend Beachtung zu schenken.[62]

Die hiernach herrschende Meinung in der Doktrin setzt sich mit dem aus Art. 2 Abs. 2 ZGB abgeleiteten Grundsatz der schonenden Rechtsausübung aber in Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung,[63] welche vom Gleichbehandlungsgrundsatz im Aktienrecht als lex specialis zu Art. 2 ZGB ausgeht.[64] Es würde nun aber zu weit führen, auf diese Rechtsprechung noch näher einzugehen.

Von Bedeutung ist hier allein, dass Einigkeit zwischen Literatur und Rechtsprechung insofern besteht, als nur der offenbare Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zur Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse nach Art. 706 OR berechtigt und dem Richter inso-

60) *Merz* a.a.O., N 324 und N 326 ad Art. 2 ZGB

61) *Schluep*, Der Schutz der wohlerworbenen Rechte ..., Diss. St. Gallen, 1955, 320, 325 und 327: Die Rechtsmissbräuchlichkeit und damit die Anfechtbarkeit des GV-Beschlusses nach Art. 706 OR sei nur ausgeschlossen, „wenn die grundsätzlich notwendige Schädigung der Aktionäre in dem Masse und in der Weise erfolgt, wie sie der Gesellschaftszweck verlangt". Vgl. auch *Oesch*, Der Minderheitenschutz im Konzern, Diss. Bern, 1971 186 f. und *Maier-Hayoz/Zweifel*, a.a.O., (Fn 59), 392 f.

62) Ein GV-Beschluss müsste das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzen, wenn der im Gesellschaftsinteresse liegende Zweck des Beschlusses, der die Minderheitsinteressen erheblich beeinträchtigt, nicht schon durch ein anderes, die Minderheitsinteressen schonenderes Mittel erreicht und die Wahl dieses Mittels der Mehrheit ohne Nachteil für ihre Interessen zugemutet werden kann, *Meier-Hayoz/Zweifel*, ebd. 393

63) Der „Weltwocheentscheid" 99 II 62 und Entscheid v. 9. 7. 1974 = Pra 64 N 4, S. 10; zur Kritik an dieser Rechtsprechung *Meier-Hayoz/Zweifel* a.a.O., *Schluep*, 326 f. (frühere Rechtsprechung). – Diese Kritik hatte nun aber eine Änderung der Rechtsprechung zur Folge vgl. Praxis des Bundesgerichts, 1977, Nr. 27, 68

64) Vgl. BGE 95 II 162 f.; 93 II 406 usw. und *Stockmann*, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in FG *Bürgi*, 1971, 391 ff.

weit Zurückhaltung auferlegt.[65]

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Boykott wurden Umfang und Tragweite des privatrechtlichen Übermassverbotes in gleicher Weise umschrieben: Ein Boykott sei erst dann sittenwidrig, wenn zwischen dem angerichteten Schaden und dem erstrebten Vorteil ein offenbares Missverhältnis bestehe.[66] Auch hier setzt das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit erst bei einem hohen Grade von Unverhältnismässigkeit ein.

7.3.3. Folgerung

Hat nun gerade das Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 2 Abs. 2 ZGB die normative Grundlage für die Anerkennung eines privatrechtlichen Übermassverbotes abgegeben, so kann in Übertragung dieses Gedankens auf die Ebene eines Arbeitskampfes nur ein *offenbarer* Rechtsmissbrauch als Grenze privatrechtlicher Beziehungen in Frage kommen. Nach der Terminologie von *Metzner* kann es sich demnach nicht um ein Gebot der Verhältnismässigkeit, sondern nur um ein Verbot der Unverhältnismässigkeit handeln.[67] Dem privaten Verhalten verbleibt damit ein breiter Spielraum, der grundsätzlich auch unangemessenes Verhalten miteinschliesst. Ein dem Bereich privater Freiheit angehörendes Grundrecht auf Arbeitskampf, müsste eine verfassungs- und privatrechtskonforme Rechtsfortbildung nahelegen, die Kampfmassnahmen allein unter ein Verbot grober Unverhältnismässigkeit zu stellen.

Die Rechtfertigung für die prinzipielle Unterstellung von Kampfmass-

65) Vgl. BGE 89 II 154; *Tuor*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1968, 47 ff. und das BGer in BGE 99 II 62, sowie die grundsätzlich zustimmende Literaturmeinung: *Meier-Hayoz/Zweifel*, Schonende Rechtsausübung, 385

66) Vgl. s.o. S. 230 f.; und entsprechend die Konkretisierung von § 826 BGB schon durch das Reichsgericht in JW (Juristische Wochenschrift), 1908, 679

67) *Metzner*, Verbot der Unverhältnismässigkeit (Fn 48), 50 ff. und entsprechend *Seiter*, Streikrecht, 150 ff., 152

nahmen unter das Verbot der Unverhältnismässigkeit liegt darin, dass die kampfweise Betätigung als Ausübung von Rechtsmacht der Schranke des Rechtsmissbrauchs unterliegt.[68] Die Voraussetzungen für die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit entfallen nicht dadurch, dass das Arbeitskampfrecht die der einen Seite verliehene Macht durch Gegenmittel der anderen Seite auszugleichen sucht. Denn die rechtliche Möglichkeit des Gegendrucks bedeutet noch nicht zwingend, dass die angegriffene Partei auch tatsächlich in der Lage ist, sich des Drucks zu erwehren. „Das Verbot der Unverhältnismässigkeit kann daher vom Gesetzgeber als individualisierender Massstab eingesetzt werden, um Auswüchse im Kampfverhalten zu grenzen".[69] Der Gesetzgebung und Rechtsprechung stellt sich damit die Aufgabe, unverhältnismässiges Kämpfen im Rahmen des Rechtsmissbrauchsverbotes durch speziellere Kampfverbote für bestimmte Fallgruppen zu konkretisieren und zu typisieren.[70]

In diesem Zusammenhang erscheint mir nun beachtenswert, dass der Arbeitskampf nicht allein schon durch eine zivilrechtliche Abwägung der gegenüberstehenden Persönlichkeitsinteressen gültig erfasst werden kann. Denn jeder Arbeitskampf berührt nicht nur die Interessen des direkten Gegners, sondern zugleich auch diejenigen Dritter und der Allgemeinheit. Elemente der Gemeinwohlkonkretisierung müssen deshalb auch notwendig in die privatrechtliche Güterabwägung miteinfliessen.

Als Parallele zu diesem Vorgehen sei auf die kartellrechtliche Ordnung zur Rechtfertigung eines Kartelleingriffes in die Rechte von Aussenseitern verwiesen. Die Lösung der rein privatrechtlich konzipierten Interessenkollision bedarf nach Art. 4 und 5 Kartellgesetz notwendig

68) *Metzner* a.a.O., 91 ff. und *Zöllner*, ZfA 1973, 237: Die Rechtsordnung gibt den Parteien die Befugnis einseitig in die arbeitsvertraglichen Beziehungen einzugreifen.
69) *Seiter*, Streikrecht, 153
70) Vgl. *Seiter*, Streikrecht, ebd. 153 f.; in dieser Richtung auch *G. Müller*, Das Arbeitskampfrecht, 323: *Müller* hält fest, dass entsprechend dem Falle von Treu und Glauben auch das Verhältnismässigkeitsprinzip wegen seiner Komplexität der typisierenden Aufschlüsselung bedarf.

der Konkretisierung des Gemeinwohls.[71]

Im Bereiche des Arbeitskampfrechts könnte eine analoge Gemeinwohlkonkretisierung darin liegen, dass z.B. auch die im Einzelfall im Verhältnis zum Kampfgegner nicht unbedingt schonendste Massnahme doch aus Gründen des öffentlichen Interesses z.B. im Sinne der Verkürzung des Kampfes gerechtfertigt sein kann. Umgekehrt kann auch z.B. die Anwendung einer bestimmten Kampftaktik durch die Arbeitnehmer dann in der Güterabwägung als unzulässig qualifiziert werden, wenn der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die zusätzliche Gefährdung der allgemeinen Interessen (insbesondere in Versorgungsbetrieben) von seinen ihm rechtlich zustehenden Gegenmitteln faktisch keinen Gebrauch machen könnte.

7.4. Kampfgrenzen zum Schutze unbeteiligter Dritter und der Allgemeinheit

7.4.1. Grundsätzliche Berechtigung der „Gemeinwohlbindung"

Dass Arbeitskämpfe geeignet sind, die Rechtsgüter Dritter und der Allgemeinheit durch ihre Auswirkungen in Mitleidenschaft zu ziehen, wird heute auch zunehmend von Kritikern der Rechtsprechung des BAG nicht mehr bestritten. So stellte beispielsweise *Zinn* auf der Tagung der IG-Metall in München vom September 1973 fest, dass „infolge der wirtschaftlichen Verpflichtungen, deren Gestaltung über Zuliefer- und Abnehmerbeziehungen der Unternehmensentscheidung unterliegt, bei längeren Arbeitkämpfen Folgewirkungen in den Drittbereichen nicht auszuschliessen" seien.[72] Damit wird durchaus anerkannt, dass sich Arbeitskämpfe an einem wie auch immer gearteten

71) Vgl. *Schluep*, Allgemeines Wirtschaftsrecht und Kartellgesetz, 598 f. und *Biedenkopf*, Rechtsfragen der Konzentration, ZbJV Bd. 108, 1972, 1 ff.

72) Vgl. die volkswirtschaftlichen Beiträge von *Zinn* und *Gahlen*, in; Streik und Aussperrung, Protokoll, 201 f.

„bonum commune" auszurichten hätten.[73] Weitgehend werden aber aus dieser Erkenntnis nicht die entsprechenden Folgerungen im Hinblick auf die rechtliche Stellung der Koalitionen im Staatsganzen und die Grenzen ihrer Betätigung gezogen.[74] So wird in der deutschen Doktrin darauf hingewiesen, dass den Koalitionen durch Art. 9 Abs. 3 GG die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in eigener, autonomer Verantwortung als „öffentlicher Aufgabe" übertragen sei.[75]

Zur Entkräftung dieser Argumentation soll nun näher auf die normative und institutionelle Begründung der Einordnung der Tarifautonomie in die staatliche Rechtsordnung eingegangen werden.

Normativ gesehen ist die Tarifautonomie rechtlich begründet und begrenzt, letzten Endes also vom Staat als dem allein zur Schaffung positiven Rechts originär Berufenen abhängig.[76] Dem normativen Ansatz liegt das im demokratischen Staate massgebende Prinzip zugrunde, dass die staatliche Rechtsgemeinschaft zwar in mehr oder weniger grossem Umfange Rechtsgestaltungsfähigkeit nichtstaatlichen Trägern zuerkennen kann, dies wegen der grundrechtlichen Absicherung sogar muss, dass sie diesen Trägern eigener Rechtsgestaltungsmacht aber nicht zugleich auch die Disposition über die Bedingungen und Grenzen dieser Fähigkeit überlassen darf.[77]
Institutionell gibt das verfassungsrechtlich abgesicherte Demokratieprinzip dem Staat, dem auf demokratischem Wege entstandenen Gesetz wie auch den Parteien, einen Vorrang vor Gruppen, die an partikuläre Interessen gebunden sind. Gemeinwohl will insoweit besagen, dass die Legitimation sozialer Auseinandersetzung und ihrer Ergeb-

73) Vgl. z.B. *Ballerstedt*, Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts, RdA 1976, 1 ff., 13; zum Begriff des Gemeinwohls: vgl. die Beiträge von *Ryffel, Schnur* usw., in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, *Speyer* 1968
74) Kritisch *Reuter*, Streik und Aussperrung, 279 f.
75) So schon *Lerche*, Zentralfragen, 30, 39 ff. und *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 221; ebenso *Reuss*, AuR 1971, 356
76) *Scheuner*, Die Rolle, 31 f.; vgl. auch für die schweizerische Rechtssituation *Flückiger*, Die Anhörung der Verbände .., Bern 1968, 189 mit weiteren Hinweisen
77) Vgl. *Badura*, Arbeitsgesetzbuch, 134; ebenso auch *Raiser*, Aussperrung, 69 f.

nisse immer gegenüber *allen* Gliedern der Gesellschaft stattfinden muss. Insofern muss auch die Forderung *Hartwichs*[78] „nach kollektiver Sozialgestaltung mit staatlicher Sanktionierung der Ergebnisse" ins Leere stossen.

So anerkennt auch *Reuss,*[79] ein scharfer Kritiker der Rechtsprechung des BAG neuerdings deutlich, dass auch „autonomes Recht der Koalitionen Teil der gesamten Rechtsordnung" sei „und durch die Grundrechte und die Grundsätze des Grundgesetzes begrenzt" sei. Entscheidend sei lediglich, dass die Grenzen nur durch die Verfassung gezogen werden und der autonome Freiheitsraum nicht durch Legislative, Exekutive und Justiz durch Erweiterung ihrer Kompetenzen begrenzt werden dürfen. Unter diesen Gesichtspunkten sei zu entscheiden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange die Verfassung selbst die Freiheitssphäre der Koalitionen beschränkt und wieweit sie eine Ermächtigung zu einer legislativen, administrativen oder gerichtlichen Beschränkung gewährt.

Der Kritik an der Gemeinwohlbindung des Arbeitskampfes ist immerhin zuzugeben, das die Gefahr „gerichtlicher Tarifzensur", d.h. die materielle richterliche Überprüfung der Rechtmässigkeit bestimmter Tarifregelungen und Kampfforderungen nicht völlig ausgeschlossen werden kann. Gesetzgeber wie Richter, welche das verfassungsrechtlich umschriebene Gemeinwohl zu konkretisieren haben, müssen sich notwendig bewusst sein, dass die Koalitionen im Bereiche ihrer unmittelbaren verfassungsrechtlichen Zuständigkeit, d.h. im Bereich der Lohn- und Arbeitsbedingungen trotz der Konkurrenz von Dritt- und Allgemeininteressen in der Wahl ihrer *Ziele* grundsätzlich frei sind.[80]

78) *Hartwich*, in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 398

79) *Reuss*, Unzulässigkeit gerichtlicher Tarifzensur, 289 f. und deutlich die h.M. wiedergebend *Benda*, Industrielle Herrschaft, 271 f.

80) Der Staat kann die „soziale Rechtsbildung" nur in ihren Formen und Wirkungen, grundsätzlich nicht in ihrem Inhalt bestimmen, vgl. *Gamillschegg*, Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung, 1968, 39; *Reuter*, Arbeitskampffreiheit, 551 f. und ders., Streik, 282: Die Bindung der Gewerkschaften an „Lohnleitlinien" muss demnach notwendig ausscheiden.

Hingegen ergibt sich aus dieser Feststellung kein Einwand gegenüber der Forderung, die von den Kämpfenden angewandten *Mittel* auf ihre Vereinbarkeit mit den Interessen Dritter und der Allgemeinheit zu kontrollieren.[81] Eine solche Abwägung zwischen den Interessen der Kampfparteien an autonomer Austragung des Konflikts und dem Schutz verfassungsrechtlich angesprochener Drittinteressen wie z.B. der Menschenwürde durch den Gesetzgeber oder rechtsfortbildenden Richter drängt sich besonders dort auf, wo – wie in Versorgungs- oder sonstigen Betrieben mit wirtschaftlichen Schlüsselfunktionen – die Allgemeininteressen unmittelbar auf dem Spiele stehen. An der Erforderlichkeit könnte es z.B. insoweit fehlen, als auch Nichtversorgungsbetriebe des Arbeitgebers bestreikt werden könnten. Sofern der Arbeitgeber nur versorgungswichtige Betriebe besitzt, könnte selbst bei Annahme der Erforderlichkeit die Verhältnismässigkeit entfallen, wenn der durch den Arbeitskampf drohende Schaden ausser Verhältnis zu dem Anliegen der Streikenden steht.[82]

Was nun die Konkretisierung dieser Gemeinwohlbindung betrifft, wäre sowohl eine richterrechtliche Verdeutlichung wie eine gesetzliche Lösung denkbar. Diese könnte einmal zu einem völligen Verbot des Arbeitskampfes in gemeinwichtigen Betrieben führen, wobei der Gesetzgeber das Gebot der Verhältnismässigkeit des Eingriffes in die Kampffreiheit durch verfahrensrechtliche Ersatzlösungen (z.B. durch Mitbestimmung der Arbeitnehmer) zu wahren hätte.[83] Der Gesetzgeber könnte aber auch, wie in den USA, von der generellen Regelung abweichende verschärfte Voraussetzungen für die Bestreikung von Versorgungsbetrieben aufstellen und somit dem Richter die schwere Aufgabe der Gemeinwohlkonkretisierung erleichtern.

81) *Reuter*, Arbeitskampffreiheit, 551 f. und ders., Streik und Aussperrung, 282 f. und s.u. S. 271 ff.

82) Auch *Reuter* möchte damit die Bindung der Arbeitskampfmittel an die immanente Grenze der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit, trotz der Vagheit dieser Kriterien, nicht aufgeben: Streik und Aussperrung, 282; vgl. auch *Seiter*, 544 ff.

83) So *Reuter* a.a.O., 282; *Seiter*, Streikrecht, 553 und *Tomandl*, Grundprobleme, 203 f.

7.4.2. Der Streik in „Versorgungsbetrieben" –Beispiel verfassungsrechtlicher Gemeinwohlkonkretisierung

Es ist heute generell anerkannt, dass Arbeitskämpfe in sog. Versorgungsbetrieben, z.B. Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerken, sowie Krankenanstalten usw. aufgrund ihrer besonderen sozialen und ökonomischen Situation Beschränkungen unterliegen müssen.[84] Teils wird eine Einschränkung der Kampffreiheit aus der Ordnungsaufgabe der Koalitionen, teils aus einem Missverhältnis zwischen Streikziel und für die Allgemeinheit entstehendem Streikschaden hergeleitet. Die Rechtsordnung kann es gerade im Bereich der „essential services" nicht beim Vertrauen auf die freiwillige Selbstbeschränkung der Kämpfenden belassen[85].

Primär wäre in diesem Bereiche der Gesetzgeber zu einer klaren Regelung aufgerufen.[86] Mangels gesetzgeberischer Regelung müsste aber der Richter entsprechende Kampfgrenzen auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Ordnung und unter Berücksichtigung der in der ESCH getroffenen Regelung von Fall zu Fall entwickeln. Der Richter müsste die Interessen der Koalitionen an autonomer Konfliktaustragung mit den Interessen der Drittbetroffenen abwägen.[87] Für den Zivil- und Arbeitsrichter stellt sich dieses Abwägungsproblem zunächst im Rahmen der Überprüfung der Arbeitskämpfe am Massstab der Sit-

84) *Isele*, Zur Prolematik des Streiks in Versorgungsbetrieben, 219 ff. mit weiteren Angaben; *Seiter*, Streikrecht, 546 ff. und *Strasser/Reischauer*, Arbeitskampf, 109 ff.; auch *Benda*, Industrielle Herrschaft, 273

85) Bei den „essential services" geht es nach *Tomandl*, Grundprobleme, 203 um „die Aufrechterhaltung jener unmittelbar der Öffentlichkeit gewidmeten organisatorischen Vorkehren und Dienste, einschliesslich jener zur Versorgung mit Gütern und Leistungen durch Private, die für die Allgemeinheit unverzichtbar oder zur Sicherung von Leben und Gesundheit eines Menschen unerlässlich sind".

86) In Deutschland wurde anfangs der 50er Jahre ein Arbeitskampfgesetz mit Sonderregelungen für Streiks in lebenswichtigen Betrieben gefordert, vgl. *Niese*, Streik und Strafrecht, Tübingen 1954, 7; heute weisen die deutschen Gewerkschaften in den „Arbeitskampfrichtlinien" Bestimmungen über die Aufrechterhaltung von Notdiensten auf, vgl. *Hanau*, ZRP 1974, 112

87) Vgl. BAGE 12, 184 (194); siehe auch *Lorenz*, Der Beamtenstreik, AöR, 98 (1973), 423; *Seiter* Streikrecht, 248 und 546 ff. und auch *Wormser*, Streikartikel, 88 f.

tenwidrigkeit nach Art. 41 Abs. 2 OR. In die Interpretation dieser Generalklausel sollten dabei „mittelbar" die verfassungsrechtlichen Grundrechtsgehalte, z.B. der persönlichen Freiheit und Menschenwürde beim Streik in Spitälern und pharmazeutischen Betrieben, aber auch beispielsweise der Presse- und Informationsfreiheit bei Pressestreiks[88] einfliessen.

Bei der gebotenen Konkretisierung des Gemeinwohls spielen sicherlich die Rechtsgüter des Lebens und der Gesundheit Dritter als äusserste Kampfschranken eine wesentliche Rolle. Diese müssen absoluten Vorrang geniessen.[89] Auch Kampfmassnahmen, welche im Interesse der Patienten eine bessere Versorgung in Spitälern erreichen wollen, müssten an der Grenze der gesundheitlichen Gefährdung Dritter scheitern. Damit erscheint die Menschenwürde als „beachtliches Regulativ für die Unterscheidung von zulässigen und unzulässigen Streiks in Versorgungsbetrieben".[90] Als Beispiele sind der Stromausfall durch Streik in einem Elektrizitätswerk in seinen Konsequenzen für die ärztliche Versorgung und die Seuchengefahr bei Streiks in der Müllabfuhr zu nennen.[91] Die ESCH hat in Art. 31 Abs. 1, wo ausdrücklich die Volksgesundheit „als Schutzgut zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Kampffreiheit" genannt wird, diese Wertung bestätigt.

Eine in Deutschland im Vordringen begriffene Auffassung hält Arbeitskämpfe in Versorgungsbetrieben ganz oder jedenfalls insoweit für unzulässig als Dritten die Versorgungsleistungen entzogen werden.[92]

88) Vgl. zur Sonderstellung der Presse in Streikfällen *Löffler*, NJW 1962, 1601 ff. und ders., in Archiv f. Presserecht, 1975, 784 ff., *Benda*, Industrielle Herrschaft, 271 f. Zur Vertiefung der hier angesprochenen Probleme sei auf *B. Rüthers*, Arbeitskampf und Pressefreiheit, in Archiv für Presserecht 1977, 305 ff. verwiesen.

89) *Seiter*, Streikrecht, 549 f.

90) *Isele*, Problematik,226 (vgl. Fn 84); *Benda*, Industrielle Herrschaft, 273; *Seiter*, Streikrecht, 549 f.; ebenso auch *Lorenz*, Beamtenstreik, 423: „Der Schutz der Rechte anderer verbietet Streiks, die das Eigentum oder die Lebensgüter, die Koalitionsfreiheit oder das soziale Grundrecht auf das Existenzminimum verletzen". (Vgl. Fn 87)

91) Vgl. *Isele*, Problematik, ebd. 226 f. und *Seiter*, a.a.O. 551 f.; ausführlich *Strasser/Reischauer*, Arbeitskampf, 119 f.

92) Vgl. die Angaben bei *Seiter*, a.a.O. 547, 553, Fn 45

Seiter hält dafür, dass allein solche Tätigkeiten streikweise eingestellt werden dürften, die auf die Versorgung Dritter keinen Einfluss haben.[93] Die Beeinträchtigung Dritter müsse aber da ihre Grenze finden, „wo es um Bedürfnisse geht, zu deren Befriedung ein Sozialstaat im Interesse der Menschenwürde verpflichtet ist". Gemeint sind vor allem die Versorgung mit Wasser, Gas und Strom, aber auch Abfallbeseitigung, Verkehrswesen einschliesslich der Nachrichtenübermittlung.

Auch diejenigen Autoren, welche ein generelles Kampfverbot in Betrieben der Daseinsvorsorge ablehnen und die Zulässigkeit der Kampfmassnahmen von der Einrichtung eines Notdienstes abhängig machen, lassen nun aber völlig im Dunkeln, in welchem Ausmass die Bevölkerung von dem Notdienst versorgt werden muss und wann die Grenze der Rechtswidrigkeit offenbar überschritten ist.

Auch der Expertenausschuss der ESCH vermochte dieses Problem nicht hinreichend zu verdeutlichen: Die Antwort auf die Frage, ob ein gesetzliches Verbot in den „essential services" (services publics essentiels) mit der Charta vereinbar sei, müsse davon diktiert sein, in welchem Ausmass das öffentliche Leben von den in Frage stehenden bestreikten Betrieben abhänge.[94]

Ein generelles Verbot des Streiks in Versorgungsbetrieben scheint damit mit der ESCH nicht vereinbar zu sein. Eine nationale Regelung würde sich aber dann an den Anforderungen der ESCH nicht stossen, wenn der Entscheid über die Rechtmässigkeit des Streiks entsprechend den allgemeinwichtigen Funktionen eines Betriebes dem Richter im Einzelfall überlassen wäre. Auch funktionsbezogene gesetzliche

93) *Seiter*, a.a.O. 549 f., 551, 553 will also Streiks in gemeinwichtigen Betrieben nicht ganz ausschliessen, kann aber nicht angeben, welche Tätigkeiten z.B. in einem Spital eingestellt werden könnten, die auf die Versorgung Dritter keinen Einfluss haben. Er muss zugeben, dass die Möglichkeit der streikweisen Druckausübung sich je nach den Verhältnissen auf ein Minimum reduzieren kann. Müsste hier aber nicht ein generelles Streikverbot als vertretbar und verhältnismässig angesehen werden im Hinblick auf die Gefährdung Dritter, die bei Streikerlaubnis nie vollständig kontrolliert werden könnte?

94) Conclusions I, 40

Kampfverbote wären denkbar. Kriterien für die richterliche Feststellung der äussersten Grenzen eines Streiks könnten hier einmal in der Wahrung elementarer menschlicher Bedürfnisse, der Wettbewerbsstellung des bestreikten Betriebes und damit der wirtschaftlichen Substituierbarkeit seiner Leistungen und der Möglichkeit eines die elementaren Bedürfnisse wahrenden Notdienstes gesehen werden. Gerade in diesen Fragen, inwieweit z.B. der Notdienst von den Kämpfenden noch zulässig gedrosselt werden darf, ohne das Existenzminimum der Betroffenen zu berühren, hat der Richter in der Doktrin bis heute noch keine ausreichende Hilfeleistung erfahren;[95] dass hier aber der Rückgriff auf die allgemeinen Grenzen des Privat- und Strafrechts kaum befriedigend sein kann, ist leicht einzusehen.

Hier könnte der Gesetzgeber entsprechend dem amerikanischen Vorbild die Aufgabe des Richters wesentlich erleichtern, indem er den Ausbruch von Streiks für ausdrücklich benannte gemeinwichtige Unternehmung (Spitäler usw.) durch eine zeitlich festgelegte Abkühlungsperiode, in welcher Schlichtungs- und Schiedsverfahren stattfinden, hinausschieben würde. Das amerikanische Recht hat in neuester Zeit die Frist für die Verzögerung des Streikausbruchs in gemeinwichtigen Betrieben, insbesondere Spitäler, ausgedehnt und somit gegenüber der geltenden Regelung noch bedeutend verschärft.[96] Die richterliche Aufgabe wäre hier auf die relativ einfache Kontrolle der Einhaltung der „cooling-off-period" beschränkt.

Wie nun das Problem des Streiks in gemeinwichtigen Betrieben in Zukunft zu behandeln sein wird, ist angesichts der Unsicherheit der Doktrin noch äusserst ungewiss. M.E. kann aber davon ausgegangen wer-

95) Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Seiter*, Streikrecht 547 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur, Fn 18

96) In einem neuesten Zusatz v. 26. 7. 1974 (vgl. *Braun*, RdA 1975, 299) zum National Labor Relations Act wird die Dauer der einzuhaltenden cooling-off-period von 60 auf 90 Tage in Gesundheitsbetrieben verlängert; hierzu ausführlich *Vernon, R.G.*, Labor relations in the health care field in Northwestern University Law Review, 1975, Bd. 70, 202; auch die Experten der ESCH bejahen die Zulässigkeit der Cooling-off-period, Conclusions I, 39; hierzu auch s.u. S. 267 f.

den, dass ein generelles Streikverbot in den „essential services" zumindest dann als vertretbar angesehen werden könnte, wenn der hierzu allein berufene Gesetzgeber ein taugliches Instrumentarium zur friedlichen Lösung sozialer Konflikte bereitstellt.[97)]

Selbst wenn man aber mit den Experten der ESCH ein generelles Streikverbot in den privatwirtschaftlichen gemeinwichtigen Betrieben ablehnen wollte, bliebe damit noch die Frage zu beantworten, ob der Streik der Beamten im gleichen Sinne zu beurteilen wäre, wie es von einem Teil der deutschen Lehre[98)] und vereinzelt auch in der schweizerischen Doktrin[99)] vertreten wird.

Wie noch ausführlicher darzustellen sein wird, kann aber rechtspolitisch an eine Lockerung des geltenden Beamtenstreikverbotes in der Schweiz nicht gedacht werden.[100)] Schon an eine richterliche oder gesetzliche Konkretisierung der Gemeinwohlerfordernisse liesse sich beim Beamtenstreik kaum denken. Der Richter wäre regelmässig bei der Aufgabe, rechtmässige von rechtswidrigen Streiks abzugrenzen, überfordert, wenn Rechtsgüter wie der verfassungsmässig aufgegebene Gesetzesvollzug, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und die generellen Ordnungs- und Friedensfunktionen des Staates auf dem Spiele stehen.

97) So auch *Tomandl*, Grundprobleme, 204 und ähnlich auch *Seiter*, Streikrecht, 553
98) Vgl. *Ramm*, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, 155 und *Däubler*, Streik a.a.O.; *Tomandl*, Grundprobleme, 203: Das Problem des Beamtenstreiks ist in Wahrheit ein Teilaspekt der Gewährleistung der sogenannten „essential services". Auch beim öffentlichen Dienst gehe es im Allgemeinen um die Erfüllung von für die Allgemeinheit wichtigen Funktionen. Zur differenzierenden Meinung aber s.u. S. 290 ff.
99) *Wormser*, Streikartikel, 88 f. und 204 f.
100) Vgl. s.u. S. 279 ff., 291, 298

7.4.3. „Lohnleitlinien" oder Sozialpartnergespräche? Konkretisierbarkeit des Gemeinwohls auf wirtschaftspolitischem Gebiet

Da die Löhne der Arbeitnehmer einen wichtigen Faktor des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts bilden, geht es hier um das Problem, ob die Lohnabschlüsse und damit auch die hierzu dienende Kampffreiheit an Grenzwerte, die die gesamtwirtschaftliche Vertretbarkeit anzeigen, gebunden werden können.[101] Die Unzulässigkeit, Koalitionen an gesetzlich fixierte Lohnleitlinien zu binden, ergibt sich konsequenterweise aus dem Verbot Arbeitskämpfe auf die Berechtigung ihrer Ziele hin zu überprüfen. Der Richter wäre in seiner Aufgabe überfordert, die wirtschaftspolitische Vertretbarkeit am Massstab der vorgegebenen Lohnleitlinien zu bestimmen, wenn er dartun müsste, dass die Orientierungsdaten das stabilitätspolitische Gemeinwohl richtig konkretisieren.[102] Könnte die Rechtssprechung tatsächlich die gemeinwohlverträglichen Lohnverbesserungen selbst zutreffend beurteilen, wäre der Sinn und die Rechtfertigung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie und des hierzu notwendigen Kampfes in Frage gestellt.[103] Eine Bindung an wie auch immer konkretisierte Lohnleitlinien müsste überhaupt voraussetzen, dass dieselben angeben könnten, welche Lohnänderungen unter den veränderten wirtschaftlichen Bedingungen der spezifische Branche entsprechend richtig oder falsch sind. Stabilitätskonforme Lohnsteigerungsgrenzen lassen sich aber nicht präzise für den Einzelfall anwendbar bestimmen.[104] Dies mag eine wichtige Erklärung für den bisherigen Misserfolg der Lohn-

101) Hier auf das wirtschaftliche „Gegengewichtsprinzip" zu verweisen, wie es *Lowisch*, Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 1969, 131 ff. fordert, kann nicht genügen; hier geht es nicht um den Interessenausgleich der Sozialpartner, sondern um die Berücksichtigung der Drittinteressen.

102) Vgl. *Löwisch*, Ausrichtung a.a.O. 130; *Biedenkopf*, Rechtsfragen der konzertierten Aktion, BB 1968, 1006; *Rüthers*, Tarifautonomie, 35 und auch *Seiter*, Streikrecht, 559

103) *Seiter*, ebd. 559

104) Vgl. hierzu eingehend *Koppensteiner*, Die konzertierte Aktion im Spannungsfeld zwischen Geldwertstabilität und Tarifautonomie, in: Konzertierte Aktion (Hrsg. *Hoppmann*), Frankfurt 1971, 229 ff., 242 f. und 255 f.; vgl. auch aus schweizerischer Sicht *Kleinewefers*, Inflation und Inflationsbekämpfung in der Schweiz, Frauenfeld 1976, 237 ff.

leitlinien in verschiedenen Ländern sein, die sie bisher praktizierten.[105] Im Unterschied zu einer materiellen Ausrichtung der Arbeitskampfziele an rechtlich verbindlichen Lohnrichtlinien, vermögen aber staatliche, verfahrensrechtliche Vorkehren durchaus stabilitätskonformes Verhalten in der freiwilligen Aussprache von öffentlicher Hand und Verbänden zu fördern. Die Teilhabe der Verbände an einer solchen Gesprächsrunde wäre institutionell zu sichern. Solche institutionalisierten und regelmässig durchgeführten Diskussionsrunden zwischen den Spitzenverbänden, unter Teilnahme öffentlicher Vertreter, könnten den kollektiven Interessenausgleich wesentlich befruchten.[106] Eine erhöhte praktische Bedeutung könnte diesen Sozialpartnergesprächen dann zukommen, wenn es gelänge, die freie Übereinkunft der Partner in ein Stadium zu überführen, in welchem eine solche Bindung als von den Teilnehmern selbst gewollt wirksam wird.[107]

Die Schweiz hat im Jahre 1974 im Rahmen der Anwendung des Bundesbeschlusses betreffend die Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne vom 20. 12. 1972 den Weg der Sozialpartnergespräche beschritten. Zweck der Gespräche sollte die Aushandlung eines Vertragsentwurfes sein, in welchem die Sozialpartner, vertreten durch ihre Spitzenverbände vereinbarten, dass die Lohnerhöhungen den Punkt, von dem an sie inflationär wirken, nicht überschreiten dürften. Der Entwurf zu einer Vereinbarung über die Preis-, Lohn- und Gewinn-

105) So *Lechner*, Offene Probleme der spezifierten Lohnpolitik des guten Zuredens, in FS für *Götz Briefs*, Berlin 1968, 365 ff., 371 f.; an eine rechtliche Bindung der Sozialpartner könnte nach *Seiter*, 560 f. allenfalls im Rahmen äusserster Toleranzgrenzen gedacht werden – *Löwisch*, a.a.O. (Fn 101) vertritt aber die gegenteilige Ansicht.

106) Eine indirekte „Bindungswirkung" solcher Gespräche könnte dabei in der öffentlichen Meinung gesehen werden, welche „Abweichler" von der vorgeschlagenen Route als unverantwortlich brandmarken würde; vgl. *Weitbrecht*, Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie, Berlin 1969, 224. Positiv zu den Sozialpartnergesprächen stellen sich auch *Scheuner*, RdA 1971, 332 und *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, 1972, 125

107) So die Entwicklungsperspektive bei *Löwisch*, a.a.O. (Fn 101) 135 f.

überwachung[108] sah vor, dass die gesamthafte, auf 12 Monate bezogene Lohnerhöhung in Würdigung der Teuerung und des gesamtwirtschaftlichen Produktivitätszuwachses 10 % nicht übersteigen sollte; darüberhinausgehende Leistungen sollten nur als vermögensbildende Leistungen vereinbart werden können.

Der Abschluss einer solchen Vereinbarung scheiterte jedoch am Widerstand der Arbeitnehmerorganisationen. Am Vertragsentwurf wurde vor allem kritisiert, dass die Last allzu einseitig auf die durch GAV erfassten unteren Einkommensschichten verlegt worden sei. Ausserdem müsste jeder die Anerkennung kollektiv vereinbarter Lohnerhöhungen verweigernde staatliche Beschluss im Rahmen der Lohn- und Preisüberwachung als Beeinträchtigung der kollektiven Vertragsfreiheit angesehen werden. Das schweizerische GAV-System habe zudem jahrzehntelang stabilitätskonform gewirkt.[109]

Auch wenn dieser Versuch, gesamtwirtschaftlich orientierte Richtlinien für die Lohnentwicklung festzulegen, scheiterte, muss doch festgestellt werden, dass weitere Gespräche zwischen den Sozialpartnern und ein allfälliges Abkommen zwischen den Spitzenverbänden[110] von den Arbeitnehmerorganisationen nicht grundsätzlich abgelehnt wurden.[111]

Dass auch Sozialpartnergespräche zum Interessenausgleich am schwei-

108) Vgl. hierzu *Zumstein/Gertsch/Hochreutener*, Probleme der Preis- Lohn- und Gewinnüberwachung in „Wirtschaft und Recht", 1975, 91 ff., 93; zur geschichtlichen Entwicklung der Sozialpartnergespräche in der Schweiz vgl. *Flückiger*, Anhörung der Kantone und Verbände im Gesetzgebungsverfahren, Bern 1968, 25 f.; vgl. auch neuerdings *Gallati*, Arbeitsfriede, 96 f. und zum sog. „Stabilisierungsabkommen", Bericht des BIGA,11, 13

109) So die Ausführungen des SGB, vgl. *Zumstein/Gertsch* ebd., 104

110) *Schürmann*, Interventionismus. 50 f. wollte Spitzen- und Branchenverbände in die Sozialpartnergespräche miteinbeziehen.

111) Ausdrücklich die Stellungnahme des Christlich Nationalen Gewerkschaftsbundes in der Schweiz (CNG), *Zumstein/Gertsch*, 107; in diese Richtung weist die Ende der 60er Jahre zwischen dem SGB und dem Zentralverband schweizerischer Arbeitgeberorganisationen abgeschlossene kommunale Vereinbarung über die Durchführung autonomer Sozialpartnergespräche, vgl. hierzu die Angaben bei *Gallati*, Arbeitsfriede, 98.

zerischen Arbeitsmarkt künftig in allen Problembereichen wieder eine wichtigere Rolle spielen könnten, liegt daran, dass durch den beschleunigten wirtschaftlichen Strukturwandel das Bedürfnis nach einem kontinuierlichen Meinungsaustausch und nach Vereinbarungen über Massnahmen zur Milderung wirtschaftlicher Schrumpfungsprozesse steigt.

Als wichtiger Meilenstein in der Anerkennung gesamtwirtschaftlicher, über den einzelnen Betrieb und die einzelne Branche hinausgehender Verpflichtungen und Mitverantwortung kann die im April 1975 zustandegekommene Sozialpartnerabsprache über Betriebsschliessungen als Folge von Strukturbereinigungen angesehen werden.[112] Berücksichtigt man gerade die in Zeiten der Rezession aus Gründen der Strukturveränderungen (Entlassungen, Gewinnminderungen verbunden mit Lohnkürzungen, Kurzarbeit) allerorts aufgeflammten Streiks, so kann eine solche Vereinbarung aus sozialen Gründen kaum gering geschätzt werden. Von pontentiell mindestens ebenso erheblicher Bedeutung ist aber, dass in dieser Vereinbarung ausdrücklich die gegenseitige Bereitschaft, zu gemeinsamen konjunkturpolitischen Vorstellungen zu gelangen, bekräftigt wurde.[113]

112) Vgl. NZZ vom 29. 4. 1975, N 98; betreffend Mitbestimmung vgl. Geschäftsbericht des SMUV, 88 ff. und SMUV-Z vom 24. 3. 1976, S. 6

113) Die Bereitschaft zum konjunkturpolitischen Dialog und zum Verzicht auf Kampfmassnahmen, die sich gesamtwirtschaftlich negativ auswirken könnten, kam auch deutlich beim Kongress des SMUV vom November 1976 zum Tragen. Der gemässigte Kurs zeigte sich deutlich daran, dass „Kampffonds mit Sonderfinanzierung" abgelehnt wurden, vgl. NZZ vom 13/14. November 1976, N 267, 33. Eine vermehrte Konjunkturpolitische Verantwortung der Sozialpartner forderte auch schon *Schürmann*, Staatsinterventionismus, 50 f. – Für eine positive Wertung von Sozialpartnergesprächen spricht auch die Aufnahme von solchen im EG-Bereich; vgl. „der Bund" vom 4. 7. 1976 (28); vgl. hierzu ausführlich den Sozialbericht der Europäischen Gemeinschaften, 1975, 32 f. Brüssel 1976.

7.5. *Verfahrensrechtliche Kampfgrenzen zum Schutze des Kampfgegners*

7.5.1. Das Verbot nicht erforderlicher Kampfmassnahmen (Ultima-ratio Prinzip)

Der Gesetzgeber kann, wie gezeigt, privates Handeln unmittelbar auf das Erforderliche festlegen. Das Ultima-ratio Prinzip überträgt diesen Leitgedanken in das Arbeitskampfrecht und stellt sich damit als Teilaspekt des Grundsatzes der Erforderlichkeit dar. Der Grundsatz, dass Arbeitskämpfe nur das letzte Mittel einer Auseinandersetzung nach Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten sein dürfen, Kampfmassnahmen nur insoweit erforderlich und nicht verboten sind, ist in der schweizerischen Lehre anerkannt.[114)]

Das Ultima-ratio Prinzip gilt nun aber in der Schweiz nicht nur in der Bedeutung, dass vor einem Arbeitskampf alle Verhandlungsmöglichkeiten auszuschöpfen sind, sondern auch in dem Sinne, dass Kampfmassnahmen verboten sind, wenn ein rechtliches Verfahren der Konfliktbereinigung besteht. Einmal scheiden Kampfmassnahmen für Kampfziele aus, die auf dem Rechtswege geklärt werden können.[115)] Der Gesetzgeber kann hier durch die Regelung sozial strittiger Themen den Anwendungsbereich einer Arbeitskampffreiheit stark einengen. Arbeitskampf ist nicht Rechtsstreit, sondern Regelungsstreit. Dies ist beim Streik mit dem Ziele der Wiedereinstellung einzelner entlassener Arbeitnehmer ebenso zu beachten,[116)] wie bei einer Aussperrung, die zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs der Arbeitnehmer in Anspruch genommen wird. Im letzteren Fall ergibt sich die Unzulässigkeit der Aussperrung daraus, dass die Rechtswidrigkeit des Angriffsmittels der Arbeitnehmer auf dem Rechtswege geklärt wer-

114) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 127 f., *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A 162; *Böni*, Begriff, 93, Anm. 107; *Fluhmann*, Auswirkung, 54 und „Streik und Streikabwehr", 6

115) Vgl. BGE 69 II 84; ebenso ist die Regelung der ESCH zu verstehen; vgl. Conclusions I, 38; vgl. auch Deutschland, *Seiter*, Streikrecht, 496 ff., 517

116) Ausführlich hierzu s.o. S. 171

den kann.[117] Der Arbeitgeber, der sich nicht mit den Mitteln der fristlosen Kündigung und der Lohnverweigerung behelfen will, ist demnach auf den Rechtsweg und, sofern von der Rechtsordnung für diesen Fall bereitgestellt, auf das prozessuale Mittel der einstweiligen Verfügung verwiesen.[118]

Der Ultima-ratio Grundsatz kann aber auch besagen, dass vor einem Arbeitskampf bestehende Schlichtungsstellen anzurufen sind. Dieser Grundsatz wird verletzt, wenn vertraglich oder gesetzlich vorgesehene Schlichtungsstellen nicht in Anspruch genommen werden. Die schweizerische Praxis der Koalitionsverhandlungen um neue GAV hat diesem Grundsatz in der Befolgung der in den GAV freiwillig vereinbarten Schlichtungsregelung auch weitgehend Rechnung getragen (Stichwort: Friedensabkommen). Soweit in den vertraglichen Schlichtungsvereinbarungen eine ausdrückliche Regelung der Friedenspflicht fehlt, kann die ultima-ratio-Regel ergänzend eingreifen.

Der näheren Betrachtung ist nun die Frage wert, ob der schweizerische Gesetzgeber das Ultima-ratio Prinzip konsequent im Bereiche des staatlichen Schlichtungswesens durchgeführt hat. Die auf kantonaler und eidgenössischer Ebene bestehenden verschiedenen Formen staatlicher Mitwirkung bei der Schlichtung können nach Auslaufen eines GAV bei vertragslosem Zustand und fehlenden vertraglichen Schlichtungsvereinbarungen Bedeutung erlangen. Das Ultima-ratio Prinzip wurde gesetzlich in dem Sinne verwirklicht, dass während der Dauer des Verfahrens, z.B. nach Art. 6 des eidgenössischen Einigungs-

117) *Seiter*, Streikrecht, 374 ff., welcher deutlich festhält (375), dass das Streik- und Aussperrungsrecht nur in dem von der Rechtsordnung gezogenen Rahmen besteht.

118) *Seiter*, Streikrecht, 386 f. ist der Meinung, dass die in der Literatur eingehend behandelten Gefahren einer allzu grosszügigen Zulassung der einstweiligen Verfügung – vgl. *Zeuner*, RdA 1971, 1 ff. und *Holzinger*, Einstweilige Verfügung gegen gewerkschaftliche Streiks, Erlangen 1974 – ein Verbot dieses Instruments nicht rechtfertigen können; zur jüngsten Anwendung dieses Mittels im holländischen Arbeitskonflikt vgl. „Der Bund" vom 11. 2. 1977. – Vgl. für die Schweiz *Zweifel*, Der wilde Streik 113.

gesetzes, eine Friedenspflicht während 45 Tagen zu wahren ist.[119] Sind aber die Kampfparteien auch einem „Anrufungs- und Einlassungszwang" als Ausfluss des Ultima-ratio Prinzips[120] unterworfen? Ein Verbot gesetzlicher Kampfmassnahmen als Folge des Ultima-ratio Prinzips kann nur dann statuiert werden, wenn der Gesetzgeber ein *obligatorisches* aussergerichtliches Schlichtungsverfahren vorsieht und die Parteien an den Einigungsspruch gebunden sind.

Nach dem BG über die eidgenössische Einigungsstelle (EEG) Art. 1 Abs. 2 wird aber die Einigungsstelle nur auf Ersuchen einer oder beider Parteien tätig, „sofern alle Verständigungsversuche der Parteien durch direkte Verhandlungen nicht zum Ziele geführt haben und keine vertragliche paritätische Schlichtungsinstanz besteht".[121] Dagegen besteht nach verschiedenen kantonalen Einigungsgesetzen die *Möglichkeit,* nicht nur auf Ersuchen der Parteien, sondern von Amtes wegen in den Konflikt einzugreifen.[122] Das zürcherische Einigungsgesetz hat nun zwar die Einleitung eines Verfahrens von Amtes wegen zugelassen, diese aber auch dann dem Ermessen der Behörde anheimgestellt, wenn ein vertraglicher Einigungsversuch nicht unternommen wurde. Die schweizerische Schlichtungsgesetzgebung kennt (von Ausnahmen abgesehen)[123] keine generelle Pflicht zur amtlichen Einleitung eines Schlichtungsverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen; allein der „Einlassungszwang", d.h. die Pflicht der Parteien, der Aufforderung zur Verhandlung zu erscheinen, Folge zu leisten, ist im Schlichtungsrecht geregelt.[124] Ebenso sieht das schweizerische Recht im Hinblick auf die vertragliche Schlichtung keinen

119) Zur allgemeinen Darstellung des schweizerischen Schlichtungswesens vgl. *Theiler,* Die Bestimmungen der schweiz. GAV über die Erledigung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten, Diss. Bern, 1951; *Rehbinder,* Schweizerisches Arbeitsrecht, 129 ff.; *Gallati,* Arbeitsfrieden, 107 ff. und *Stahn,* Soziale Konflikte, 128 f.

120) So *Rüthers,* Tarifautonomie, 28

121) Vgl. Art. 1 Abs. 3 EEG von 1949

122) So z.B. das zürcherische Einigungsgesetz vom 16. 5. 1943 (Art. 11 Abs. 2).

123) Im Kanton Waadt besteht eine gesetzliche Anrufungspflicht des kantonalen Einigungsamtes, welche im Matisakonflikt eine Rolle spielte und dazu beitrug, dass trotz des Konfliktzustandes auf GAV-Partnerebene weiterdiskutiert wurde, vgl. SMUV-Z v 24. 3. 1976, N 12, S. 3.

124) Hierzu *Stahn,* Soziale Konflikte, 130

„Schlichtungszwang",[125] d.h. keine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung und Durchführung eines autonomen Schlichtungsverfahrens vor. Diese „liberalen" Merkmale der schweizerischen Schlichtungsgesetzgebung könnten durchaus den Grund dafür bilden, dass in einem konkreten Einzelfall überhaupt Schlichtung unterbleibt. Das Ultima-ratio Prinzip verlangt nun aber gerade auch subsidiär die Einleitung eines staatlichen Schlichtungsverfahrens als Voraussetzung eines rechtmässigen Arbeitskampfes. Dem Erforderlichkeitsgrundsatz könnte durch die gesetzliche Regelung eines automatisch eintretenden oder von Amtes wegen einzuleitenden Verfahrens genüge getan werden.[126]

7.5.2. Das sog. „Kollektivklagerecht" und das Ultima-ratio-Prinzip

Den Arbeitgebern und ihren Verbänden wurde anlässlich verschiedener rezessionsbedingter Arbeitskonflikte von den Gewerkschaften insbesondere vom SMUV vorgeworfen, sie hätten durch ihr Verhalten den Arbeitskampf erst ausgelöst oder verlängert und dadurch bestehende Gesamtarbeitsverträge, vor allem das Friedensabkommen mit seinen Zusatzverabredungen, verletzt. So wurde den Arbeitgebern im Streikfall *Matisa* vorgehalten, sie hätten es an der nötigen Verhandlungsbereitschaft auf Vertragspartnerebene fehlen lassen und so den im Friedensabkommen vorgezeichneten Weg zur friedlichen Lösung des Konflikts nicht beschritten. Der SMUV fühlte sich insoweit an die Friedenspflicht nicht mehr gebunden und zum Streikbeschluss berechtigt.[127] In den Streikfällen *Bulova,* Neuenburg und Massa Maret SA, Payerne, wurde die Vertragsverletzung durch die Arbeitgeber aus gewerkschaftlicher Sicht darin gesehen, dass das in der Verabredung über die Personalkommission vom 29. 11. 1975 festgehaltene Überein-

125) *Stahn* ebd., 126 f.; zur liberalen Ordung des schweizerischen Schlichtungswesens *Waldner,* Die Schlichtung von kollektiven Streitigkeiten in der Schweiz, Basel 1949, 102

126) So *Ruthers,* Tarifautonomie, 28; an dieser Forderung könnten sich auch die gegenwärtigen Revisionsbestrebungen im Hinblick auf das EEG orientieren. Immerhin ergänzt aber schon heute das Ultima-ratio Prinzip die bestehende ungenügende gesetzliche Regelung.

127) Vgl. SMUV-Z v. 24. 3. 1976, N 12, S. 1, 3 und 5; zu einer von der gewerkschaftlichen Ansicht der Ereignisse bei *Matisa* abweichenden Schilderung vgl. NZZ v. 9. 3. 1976, N 57

kommen zur Schaffung von Personalkommissionen und zur Einhaltung der Informationspflicht gröblich missachtet worden sei.[128] In beiden Fällen warfen die Arbeitgeber den Gewerkschaften Verletzung des GAV wegen Verstosses gegen die Friedenspflicht vor. Auch im schwerwiegendsten Streikfall der letzten Jahre, dem Fall *Dubied,* war eine angebliche GAV-Verletzung, hier die Nichtbeachtung eines vertraglich vorgesehenen Schiedsspruchs durch die Arbeitnehmer, Gegenstand der Auseinandersetzungen.

Es stellt sich hier die Frage, ob durch die Anrufung des Rechtsweges Streiks hätten vermieden werden können, und ob die genannten Streiks (abgesehen vom Fall *Dubied)* deshalb als rechtswidrig zu qualifizieren sind, weil der Grundsatz des Vorrangs des Rechtsweges nicht beachtet wurde.

Das Obligationenrecht auferlegt durch Art. 357a Abs. 1 den einen GAV schliessenden Parteien die Verpflichtung, für dessen Einhaltung zu sorgen. Die Analogie zum staatlichen Recht wird demnach auch im GAV-Recht deutlich. Das sog. Kollektivklagerecht ist wohl das wichtigste Mittel zur Durchsetzung eines GAV. Dieses Klagerecht gesteht den vertragsschliessenden Parteien einen selbständigen Anspruch auf Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen zu. Von diesem Klagerecht kann aber nur aufgrund ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung Gebrauch gemacht werden.

Das Kollektivklagerecht ist während der dreissiger Jahre ohne gesetzliche Grundlage von einzelnen Vertragsgemeinschaften geschaffen oder angewendet worden. Unter dem Einfluss der langanhaltenden Hochkonjunktur wurde dieses Instrument in zahlreichen Verträgen, so auch im Friedensabkommen zur Gewährleistung der Rechtssicherheit nicht mehr oder nur noch in abgeschwächter Form aufgeführt.[129]

128) Vgl. SMUV-Z a.a.O. (Fn 127), die Ansicht von *G. Tschumi;* die Verabredung über die Personalkommissionen vom 29. 11. 1975 in der Uhrenindustrie ist abgedruckt in SMUV-Z vom 24. 3. 1976, N 12, S. 6.

129) Vgl. *W. Jucker,* Konfliktverhütung durch Rechtswahrung, in SMUV-Z v. 4.8. 1976, N 30/31, S. 1

Eine unzweckmässige gesetzliche Regelung hat m.E. an dieser Rückbildung wesentlichen Anteil:

Art. 357b Abs. 1 OR lässt zwar die Vereinbarung eines Kollektivklagerechts zu, dessen gesetzliche Ausgestaltung ist jedoch problematisch. Das geltende Recht sieht nun vor, dass den beiden Vertragsparteien *gemeinsam* ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages zusteht. Nach herrschender Lehre kann ein Kollektivklagerecht von den vertragsschliessenden Parteien nur gemeinsam, also nicht von jeder einzeln ausgeübt werden.[130)]

Der Besonderheit der gesamtarbeitsvertraglichen Rechtsgemeinschaft wird hierdurch nicht Rechnung getragen, denn jeder Vertragspartei sollte zweckmässigerweise ein selbständiger Erfüllungsanspruch zustehen. Das geltende Recht sieht zudem nur eine Feststellungsklage vor.[131)]

Aus diesen Gründen kann gefolgert werden, dass mangels Rechtsweges in den Fällen der Vertragsverletzung durch den Arbeitgeber gewerkschaftliche Streiks rechtmässig ausgerufen werden können.[132)] Gegenrecht würde für die Arbeitgeber im Hinblick auf Aussperrungen bei Vertragsverletzungen durch die Arbeitnehmer *(Dubied)* gelten. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Vermeidung von Arbeitskonflikten sollte die gesetzliche Lücke dringend gefüllt werden.

130) *Schweingruber*, Kommentar zum GAV, 75 f.

131) Das OR lässt aber zu dass sowohl Kontrollen über die Einhaltung von GAV als auch Konventionalstrafen bei Vertragsverletzungen vorgesehen werden können. Diese nach *Jucker* indirekte und schwerfällige Methode zur Sicherung der Vertragstreue hat dazu beigetragen, das Kollektivklagerecht zur Rarität werden zu lassen (Fn. 129).

132) Im neuen Entwurf des SMUV zur Revision des Reglements über die Streikunterstützung wird deutlich festgehalten, dass Kampfmassnahmen, welche den GAV und seine Friedenspflicht verletzen, solange ausgeschlossen sind, als sich der Arbeitgeber an den GAV hält und die Konflikterledigung von Arbeitgeberseite nicht verhindert wird: Vgl. SMUV-Z v. 26. 1. 1977, N 4, 1

7.5.3. Die mögliche Einführung einer „cooling-off-period" zum Schutze des Kampfgegners

Nach Art. 6 Abs. 3 ESCH sind die Unterzeichnerstaaten verpflichtet, „die Einrichtung und Benutzung geeigneter Vermittlungs- und freiwilliger Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu fördern". Die Auslegung des Expertenausschusses hält die gesetzliche Anordnung einer sog. „cooling-off-period" nach Vorbild des amerikanischen Rechts, d.h. einer zeitlich festgelegten Stillhaltefrist zur Durchführung von Verhandlungen und Schlichtungsversuchen mit dieser Bestimmung vereinbar.[133)]

Im amerikanischen Recht hat die „cooling-off-period" in section 8.d. des National Labor Relations Act von 1935[134)] ihre Regelung gefunden. Diese Bestimmung geht davon aus, dass die meisten amerikanischen Tarifverträge auf bestimmte Zeit geschlossen werden, jedoch eine Verlängerungsklausel besitzen, aufgrund derer sich die Geltungsdauer des Vertrages automatisch verlängert, wenn ihn nicht die Parteien vorher zu ändern wünschen. Möchte eine Partei den Vertrag kündigen oder abändern, so muss sie dies der anderen Partei 60 Tage vor Ablauf des Tarifvertrages in schriftlicher Form mitteilen. In dieser Zeit bleibt der GAV voll in Kraft und Arbeitskämpfe sind untersagt. Diese Frist soll den Parteien die Möglichkeit geben, alle friedlichen Mittel zur Beilegung ihrer Meinungsverschiedenheiten auszuschöpfen. Ein Verstoss gegen die Bestimmung macht den Streik rechtswidrig.[135)] Die regelmässig angreifende Gewerkschaft wird damit schon vor Beendigung eines Tarifvertrages gezwungen, über die Wei-

133) Conclusions I, 39

134) Der NLRA von 1935 wurde 1947 durch den berühmten *Taft-Hartley-Act* von 1947 (offiziell: Labor Management Relations Act) in wesentlichen Punkten neu gefasst; vgl. sec. 201 und sec. 8.d.

135) Vgl. *Biedenkopf*, Grundzüge des amerikanischen kollektiven Arbeitsrechts, in RdA 1964, 81 ff. und ders., Gewerkschaften in den USA, Karlsruhe 1962, 158 ff.; *Meltzer*, Labor Law, 1970 und *Biesold*, Der Streik im englischen und amerikanischen Recht, Diss. Marburg, 1959, 44 f.

terführung eines solchen nachzudenken.[136)]

Die Statuierung einer „cooling-off-period" eröffnet damit die Möglichkeit, einen tariflosen Zustand zu vermeiden. Zudem könnten auf diesem Wege mögliche „wilde Streiks" mit gesamtarbeitsvertragsbezogenem Ziel frühzeitig unterbunden werden.[137)] Für den Arbeitgeber ergibt sich der Vorteil, dass Arbeitskämpfe berechenbarer werden. Der verfahrensrechtliche Eingriff weist ferner sowohl hinsichtlich der zeitlichen Abstufung, wie der aufgestellten Schlichtungsvoraussetzungen ein hohes Mass an Flexibilität für verschiedene Anwendungsbereiche auf.[138)]

7.5.4. „Innergewerkschaftliche Willensbildung" als zulässige Voraussetzung eines rechtmässigen gewerkschaftlichen Streiks?

Auch die Pflicht einer Gewerkschaft, vorgängig der Ausrufung eines Streiks eine Urabstimmung zu veranstalten, was die meisten Gewerkschaften schon heute in ihren Statuten vorsehen,[139)] kann den Ausbruch von Streiks zeitlich verzögern. Dem BAG, das die „Urabstimmung" zum Erfordernis eines rechtmässigen Arbeitskampfes erklärte,

136) Anwendungsbeispiel einer solchen Streikbegrenzung bietet auch Holland, in welchem die jüngste Streikwelle durch eine gerichtlich verfügte „cooling-off-period" von 20 Tagen gebremst wurde, vgl. NZZ v. 8. 2. 1977.

137) Die Hauptfunktion einer solchen auch für das schweizerische Recht wünschbaren Regelung würde notwendig v.a. im Bereich der Begrenzung des „wilden" Streiks liegen, hierzu: *Löwisch/Hartje*, Der wilde Streik nach dem Recht der BRD, 321 ff. (332). Die Aufgabe der schon in der Schweiz üblichen Indexklausel könnte hier sinnvoll ergänzt werden.

138) In die Abkühlungsperiode könnten also sowohl auf Wunsch eines Widerparts wie von Amtes wegen zu jeder Zeit eine staatliche Vermittlungsstelle eingeschaltet werden. Zum „American Law of Labor Arbitration" und dem Beitrag des Supreme Courts vgl. jüngst *Goldmann*, A.L., The Supreme Court and the Labor Management Relations Law, Lexington/London 1976, 105 ff.; vgl. auch *Strasser/Reischauer*, Arbeitskampf, 81 ff.

139) Vgl. z.B. die „Richtlinien über das Verhalten bei Arbeitskämpfen" der Gewerkschaft Bau und Holz, in Reglement vom 1. 1. 1975, Art. 2 Abs. 1 und Hinweise auf weitere Statuten bei *Förch*, Der rechtswidrige Streik 86 f.

wurde aber vorgeworfen, es verletze die Verbandsautonomie der Koalitionen.[140]

Die innere Verbandsautonomie als Teil der Koalitionsfreiheit kann aber m.E. ebenso wie die externe Koalitionsbetätigungsfreiheit nicht unbeschränkt gewährleistet sein.[141] Schon die, in dieser Arbeit rechtspolitisch verstandene Annahme eines subjektiven Streikrechts, welche auch das einzelne Verbandsmitglied als Rechtssubjekt ansieht, muss angesichts der bestehenden innerverbandlichen Sanktionen zur Durchsetzung des verbandlichen Streikbefehls die Pflicht zur Mitwirkung der Beteiligten als Ausgleich zum Eingriff in die negative Kampffreiheit verlangen.[142]

Auch wegen des Rechtsschutzes von Dritt- und Allgemeininteressen muss der Gesetzgeber befugt sein, verbindliche Organisationsstrukturen aufzustellen.[143] Dies gilt für das Vereinsrecht ebenso wie für das Aktienrecht; im letzteren werden Publizitätswünsche der Allgemeinheit, ebenso wie Schutzinteressen der Gläubiger verteidigt.

140) So *Reuss*, Das neue Arbeitskampfrecht, 358 und ders., Autonome Arbeitskampfordnungen, AuR 1975, 8 f.

141) Auch jüngst *Starck*, Organisation und Finanzierung, 504 f. und *Kahn-Freund*, Rechtliche Garantien innergewerkschaftlicher Demokratie, in FS f. *E. Fränkel*, Berlin 1963, 335 ff.

142) Hierzu aber die Widersprüche bei *Seiter*, Streikrecht 508 ff., 511

143) Zustimmend zum Erfordernis der „Urabstimmung" für rechtmässige Kampfmassnahmen *Reuter*, Streik und Aussperrung, 282; *Strasser/Reischauer*, Arbeitskampf, 82; *Söllner*, Arbeitsrecht, 72; *Döhring*, Staatsrecht der BRD, Frankfurt 1976, 310; a.A. aber *Kahn-Freund*, Rechtliche Garantien (Fn 141), 335 ff., 360, der zwar die Gewerkschaftsdemokratie im Hinblick auf die Freiheitsrechte der Mitglieder betont (358), verfahrensrechtliche Voraussetzungen der Streikausübung aber ablehnt. Die für England festgehaltenen negativen Erfahrungen lassen sich aber nicht unbedingt auf die Schweiz übertragen.

7.5.5. Schlussfolgerung: „Legitimation durch Verfahren"

Die privaten Kampfmassnahmen können unter ein Gebot der Erforderlichkeit gestellt werden. Mangels inhaltlicher Überprüfung der Kampfziele[144] kann das Kämpfen im wesentlichen rechtlich nur in formaler Hinsicht, in den Formen und Wirkungen (Zuständigkeit im Sinne der Umschreibung der Streikbefugnis, Verfahren der Geltendmachung) und in der grundsätzlichen Thematik (generell regelbare arbeitsrechtliche Interessen entsprechend dem zulässigen Inhalt eines GAV) gesteuert werden.[145] Die „Legitimation durch Verfahren" spielt also bei der Konkretisierung des Gemeinwohls und bei der Aufstellung von Kampfgrenzen zum Schutze des Kampfgegners eine besonders wichtige Rolle. Die verfassungsrechtlich garantierte Teilhabe der Verbände an der Ausarbeitung wirtschaftlicher und sozialpolitischer Erlasse findet hier ebenso ihren Stellenwert im Hinblick auf die Schaffung eines ausgeglichenen sozialen Klimas, wie konkrete Regelungen geeignet sind, Konflikte zu vermeiden. Beispiele für verfahrensrechtliche Lösungen bieten die institutionalisierte Teilhabe der Verbände an Gesprächen zur Ausarbeitung konjunkturpolitischer Richtlinien und gesetzliche Mitbestimmungslösungen zur Förderung des Partnerschaftsgedankens im Betrieb.

Im Folgenden soll nun noch näher auf die Frage eingegangen werden, ob ein Prinzip des „schonendsten Kampfmittels" als möglicher Ausfluss des Erforderlichkeitsgrundsatzes und des Ultima-ratio-Prinzips aufgestellt werden kann.

144) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 129; *Flühmann*, Auswirkung, 55 und *Seiter*, Streikrecht, 176 f., Fn 18/19

145) Vgl. *Scheuner*, RdA 1971, 334 und *Müller*, G., Streik und Aussperrung, in „Arbeitskonflikte", 63 ff. und 76 f., auch *Säcker*, Gruppenparität und Staatsneutralität, Heidelberg 1974, 112 f.

7.6. *Pflicht zum Einsatz des schonendsten Kampfmittels? – Freie Wahl der Kampftaktik und ihre Grenzen*

7.6.1. Die Pflicht zum Einsatz des schonendsten Kampfmittels als Konkretisierung des Erforderlichkeitsprinzips?

Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Kampfmassnahmen könnte es geboten sein, den Einsatz verschiedener Kampfmittel in dem Sinne unter ein Gebot des schonendsten Eingriffs zu stellen, dass jeweils mit dem mildesten Mittel die Auseinandersetzung begonnen werden muss, und der Druck in zeitlicher Folge stufenweise verschärft werden kann.

Die rechtliche Möglichkeit, Kampfmassnahmen nach Beeinträchtigungsgraden abstufen zu können, hält *Schluep* für fraglich.[146] Zur Lösung dieses Problems ist davon auszugehen, dass der Kampferfolg wesentlich von der freien Wahl des Eröffnungszeitpunktes und der Kampftaktik abhängt. Die Gewerkschaften werden regelmässig daran interessiert sein, unter möglichst geringem eigenen Einsatz ein Höchstmass von Druck auf die Gegenseite auszuüben. Hier bieten sich modifizierte Streikformen an,[147] wie der Schwerpunktstreik, der vor allem die Streikkasse schont, oder z.B. der Bummelstreik, welcher den Verlust des Lohnanspruchs vermeiden will. Die Wahl der Kampftaktik an ein generelles Gebot der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit zu binden, würde voraussetzen, dass man im voraus bestimmen könnte, welche Massnahme im Hinblick auf einen bestimmten Kampfzweck Erfolg verheissen würde. Ob eine Massnahme tatsächlich Erfolg zeitigt, kann man aber immer erst nachträglich feststellen. Im konkreten Fall zu bestimmen, ob eine eingeschlagene Kampftaktik zur Herstellung einer angemessenen Verhandlungsposition auch wirklich notwendig war, wäre nicht anders möglich, als dass man sich für

146) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 128

147) Eine Zusammenstellung der einzelnen Kampftaktiken, wenn auch in einseitiger Interpretation, bringt *Matthofer*, in „Zur Theorie und Praxis des Streiks", Frankfurt 1971, 155 ff.

die Bestimmung der Angemessenheit einer Tarifregelung von der als sachgerecht empfundenen Tarifregelung leiten liesse. Damit wäre aber wieder die Tarifautonomie durch die materielle Überprüfung des Kampfziels tangiert.[148)]

Darüberhinaus kann es gerade unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit geboten sein, die mildesten Druckformen, wie z.B. den Warnstreik, schon in der Anfangsphase zu überspringen; die erkennbare Hartnäckigkeit des Gegners kann schon zu Beginn des Kampfes intensivere Kampfformen erfordern. Der Zwang zu einer zeitlichen Abfolge von Kampfmassnahmen sowohl auf Arbeitnehmer- wie auf Arbeitgeberseite würde unter Umständen die Auseinandersetzung zeitlich in die Länge ziehen, was schon aus Gründen des Gemeinwohls (Drittinteresssen) nicht wünschenswert sein kann.[149)] Auch Kampfmassnahmen, welche gravierende Nachteile in Aussicht stellen, um den Gegner möglichst schnell zum Einlenken zu zwingen, müssten demnach grundsätzlich als erforderlich angesehen werden. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bildet aber auch hier die Grenze.[150)]

Der Grundsatz der freien Wahl der Kampftaktik ist untrennbar mit dem Arbeitskampfrecht verbunden und unterstreicht die Verwurzelung des Arbeitskampfes in einem Freiheitsrecht.[151)]

Die gesetzliche Festlegung der Kampftaktik auf einen „fairen Umfang" müsste nämlich die Kämpfenden der Möglichkeit berauben, den Arbeitskampf zunächst in einem kleinen Ausmass zu beginnen und somit frühzeitig zu einer möglichen Einigung zu gelangen. Es wäre auch rechtspolitisch verfehlt, die angreifenden Parteien zunächst auf

148) *Löwisch*, Übermassverbot, 335
149) So *Seiter*, Streikrecht, 327, 516 f.; *Zöllner*, Aussperrung, 56 und in dieser Richtung auch *Schluep*, Überbordungsgefahren, 129
150) Vgl. hierzu s.o. S. 16 ff.
151) *Schluep*, Überbordungsgefahren, 125 f.; *Seiter*, Streikrecht, 140 ff. und *Löwisch*, Übermassverbot, 334. Eine Beschränkung auf bestimmte, nach der Intensität der Wirkungen abgestufte Kampfformen legt auch die ESCH nicht nahe. Das Streikrecht ist in Art. 6 Abs. 4 nur als das wichtigste Kampfmittel unter anderen „kollektiven Massnahmen" genannt.

zeitlich (Teilzeit- oder Kurzzeitstreiks) oder räumlich begrenzte Streikformen (Schwerpunktstreiks) zu verweisen. Es dürfte auch nicht immer möglich sein, gewisse Streikformen in ihrer Wirkungsintensität von zeitlich und räumlich vollumfänglich ausgeübten Streiks zu unterscheiden. Dies zeigt sich deutlich beim Schwerpunktstreik, dessen Nachteile für den Arbeitgeber durch die suspendierende Aussperrung ausgeglichen werden. Demzufolge kann eine Kampfpartei nicht verpflichtet werden, mit dem schonendsten Mittel vorzugehen; es soll ihr aber durch die Rechtsordnung auch nicht die Chance genommen werden, von milderen Kampfmitteln Gebrauch zu machen.

Die Frage der Rechtmässigkeit modifizierter Streikformen kann nun aber nicht für jede Kampftaktik gleich beantwortet werden. Strittig ist z.B. die Rechtmässigkeit des sog. „Bummelstreiks" (Go Slow),[152] welcher sich durch die kollektive Veränderung des Arbeitsrhythmus und Herabminderung des Arbeitstempos bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Arbeitstätigkeit kennzeichnet. *Zöllner* und *Seiter*[153] halten entgegen der h.M. in Deutschland[154] dafür, dass die „kollektive Leistungsverweigerung" gerade in den Bereichen als milderes Mittel noch erträglich und somit erforderlich erscheinen müsste, wo der Vollstreik wegen der Interessen Dritter (z.B. Versorgungsbetriebe) unzulässig wäre.[155] Auch grundsätzlich erforderliche Kampfmassnahmen müssen sich jedoch den Massstab des Verbots der Unverhältnismässigkeit gefallen lassen. Hierauf ist näher einzugehen.

152) Die Effektivität wird bei verschiedenen Kampftaktiken vermindert, z.B. bei der passiven Resistenz, dem verschleierten Streik, Dienst nach Vorschrift usw. Sie können unter dem Begriff der kollektiven Leistungsminderung zusammengefasst werden.

153) *Zöllner*, Die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfformen, 427 ff., 436 f. und *Seiter*, Streikrecht, 262 ff., 268 f.

154) Vgl. RGZ 111, 112 und die Angaben bei *Seiter*, 267, Fn 170

155) *Seiter*, Streikrecht, 263, 268 und *Zöllner*, Zulässigkeit, 437 und hierzu kritisch *H. Löwer*, Zur Problematik des Dienstes nach Vorschrift, in JA 1973, 177 ff.

7.6.2. Das Verbot der Unverhältnismässigkeit als Korrektiv der Erforderlichkeit

Das Verbot der Unverhältnismässigkeit kann sich im Hinblick auf die grundsätzlich erforderlichen modifizierten Streikformen als individualisierende Grenze erweisen, die sowohl der Gesetzgeber bei der Zulassung neuer Kampfformen, wie auch der Richter im Einzelfall zu berücksichtigen hat.

Zunächst soll die Kampftaktik des Bummelstreiks auf ihre Verhältnismässigkeit untersucht werden. Die Rechtswidrigkeit des Bummelstreiks könnte sich einmal daraus ergeben, dass er volle Lohnfortzahlung bei geminderter Arbeitsleistung (vertragliche Schlechterfüllung) zu erreichen sucht. Die h.M. in Deutschland zieht auch durchaus diesen Schluss aus der nichtgewahrten „Opferparität". Demgegenüber ist aber festzustellen, dass die grundsätzlich anerkannte Kampftaktik des Schwerpunktstreiks bezweckt, den Arbeitgeber zu zwingen, den Lohn für die Nichtstreikenden weiterzubezahlen, obwohl er sie nicht beschäftigen kann.

Neue Arbeitskampfformen müssen nun aber mit dem grundlegenden Prinzip der Parität der Kampfmittel im Einklang stehen.[156] Beim Schwerpunktstreik ist denn auch dem Arbeitgeber das Mittel der suspendierenden Abwehraussperrung zugestanden. Beim Bummelstreik, welcher gerade sein Anwendungsfeld in den vom Verbot des Vollstreiks betroffenen Gebieten findet, fehlt dem Arbeitgeber ein dem Verhältnis von Streik und Aussperrung entsprechendes Reaktionsmittel. Das mögliche Kampfmittel der kollektiven Lohnminderung als Antwort auf die reduzierte Arbeitstätigkeit kann schon aus Gründen der sehr schwierigen praktischen Verwirklichung nicht in Frage kommen.[157] Die Zulassung der Aussperrung wie beim Vollstreik – sie

156) *Zöllner*, Zulässigkeit, 433

157) So *Zöllner* ebd., 435: „Man müsste schon dem Arbeitgeber die Vornahme der Minderung aufgrund eines pauschalierenden Vergleichs der durchschnittlichen Arbeitsleistungen vor und während des Bummelstreiks gestatten; *Seiter* und *Zöllner* möchten aber dem Arbeitgeber die Befugnis zur einseitigen Lohnminderung geben, vgl. *Seiter* a.a.O. 267 und *Zöllner*, a.a.O. 437

wird von *Seiter* befürwortet[158] – würde aber der Behauptung nicht Rechnung tragen, dass der Bummelstreik auch das mildere Kampfmittel sein kann. Zudem wird die Aussperrung gerade in Versorgungsbetrieben (Spitälern usw.) mit Rücksicht auf die Drittinteressen keine Anwendung finden können. Ist die angegriffene Seite wegen der möglichen Beeinträchtigung Dritter nicht in der Lage, sich angemessen zur Wehr zu setzen, so muss „die Rechtsordnung ein Übermass der Schädigung, einen Missbrauch der Übermacht in Grenzen halten".[159] Dies besagt das Verbot der Unverhältnismässigkeit. Dieses Verbot begrenzt aber auch die Intensität der Schädigung bei der Anwendung modifizierter Streikformen.[160] Im Unterschied zu *Zöllner* und *Seiter* wird der Bummelstreik in den meisten Fällen nicht als Minus gegenüber dem Vollstreik angesehen werden können.[161] Dass im Einzelfall ein Bummelstreik Arbeitgeber und Dritte genauso oder noch mehr als ein Vollstreik beeinträchtigt, wird auch von *Seiter* und *Zöllner* grundsätzlich anerkannt. Können nun aber Dritte durch eine Kampftaktik mehr in Mitleidenschaft gezogen werden, als dies schon bei einem regulären Streik der Fall wäre, ergäbe sich wiederum eine Verletzung des Verbots der Unverhältnismässigkeit.[162] Das Urteil der Rechtswidrigkeit im Falle des Bummelstreiks muss als vertretbar erscheinen. Entsprechend kam auch eine im Hinblick auf einen Streik der schweizerischen Flugverkehrsleiter verfasste Studie des eidgenössischen Personalamtes[163] zum Schluss, dass diese Kampftaktik sowohl als sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich wie als strafbare Nötigung zu qualifizieren sei. Ein Verbot des „Bummelstreiks" in privatwirtschaftlichen Betrieben kann hier ebensowenig unverhält-

158) *Seiter*, Streikrecht, 267
159) So *Seiter*, Streikrecht, 541
160) *Seiter* ebd., 541 und *Zöllner*, Zulässigkeit, 432
161) Kritisch auch *Reuss*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 97 ff. (101 f.)
162) Ein Bummelstreik der Verkehrsbetriebe kann für die Benutzer im Hinblick auf lange oder vergebliche Wartezeiten sehr viel unangenehmer sein, als ein Vollstreik, auf den sich der Benutzer einstellen kann.
163) „Streik und Streikabwehr", 20 (die hier gegebene Begründung der Sittenwidrigkeit mit dem Hinweis auf die Besoldung der Flugverkehrsleiter erscheint aber kaum genügend; das deutsche OLG Celle hat auch in einem Urteil v. 16. 11. 1973 die Fluglotsenaktionen als rechtswidrig, weil unverhältnismässig erklärt, vgl. *Hernekamp*, Dokumente, 178 ff.

nismässig sein,[164] wie der sog. „Dienst nach Vorschrift" im öffentlichen Dienst.[165] Die Berufung der kämpfenden Arbeitnehmer auf die formelle Vertragserfüllung muss sich bei Bummelstreiks als rechtsmissbräuchlich und als Umgehung der für die Arbeitskämpfe zur Verfügung stehenden Rechtsformen erweisen. Im Beamtenrecht ist das Streikrecht ausgeschlossen. Auch der französische Kassationshof hat in ständiger Rechtsprechung die sog. „grèves perlées" (Bummelstreiks) als „die Unternehmenstätigkeit in einer anormalen und schweren, über das Streikrecht hinausgehenden Weise störend"[166] angesehen und die fristlose Entlassung[167] des Arbeitnehmers als Reaktion zugelassen. In entsprechender Weise hat die französische Rechtsprechung auch die sog. „grèves tournantes" für grundsätzlich rechtswidrig erklärt.[168] Unter diesem „Ringel-, Schachbrett- oder rotierenden" Streik versteht man einen Ausstand, bei welchem die Arbeitnehmer nach einem genauen Plan der Reihe nach in verschiedenen Betrieben jeweils nur kurzfristig die Arbeit niederlegen.[169] Diese Streiks bilden eine verfeinerte Form der sog. „grèves à répétition", der intermittierenden oder Stotterstreiks.[170] Bei diesen wird die Arbeit in Abständen für einige Tage oder Stunden niedergelegt.

Diese Streikformen verstossen schon deshalb gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, weil regelmässig hier kein objektiv erkennbarer Wille der Streikenden erkennbar ist, zu einer Einigung und damit zur Wiederherstellung des Arbeitsfriedens zu kommen. Es ist aber auch festzustellen, dass durch die „rotierenden Streiks in einer arbeitstei-

164) A.A. aber *Seiter*, Streikrecht, 268; dagegen *Schluep*, Überbordungsgefahren 130
165) Zur Rechtswidrigkeit vgl. ausführlich *Löwer* a.a.O. (Fn 155),181 f.
166) *Lyon Caen*, Streik und Aussperrung in Frankreich, in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 338
167) Auch diese hat jedoch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, vgl. *Seiter*, Streikrecht, 380
168) *Lyon Caen* ebd., 338 und *Latournerie*, Le droit de grève, Paris 1972, 432 ff., 433 und *Smay*, La grève, 1966, 35, 165; ebenso *Schluep*, Überbordungsgefahren, 131; zur Unzulässigkeit von Kurzstreiks im amerikanischen Recht, *Amrod*, RdA 1958, 377 f.
169) Solche Streiks werden in Frankreich aber nur insoweit als rechtswidrig angesehen, als sie zu einer eigentlichen Desorganisierung des Betriebes und zum Verstoss gegen öffentlichen Interessen führen, vgl. *Kahn-Freund* Le droit de grève, 23; dies dürfte aber regelmässig der Fall sein, so *Latournerie*, Le droit de grève, 433
170) *Latournerie* ebd.

ligen Wirtschaft eigentliche Flächenbrände ausgelöst werden können", mit der Folge, dass die Abhängigkeit eines Betriebes von seinen Zulieferunternehmen zu einer eigentlichen wirtschaftlichen Existenzbedrohung führen kann.[171] Vom Gesichtspunkt der Intensität der Schädigung und der mangelnden Reaktionsfähigkeit der Gegenseite muss aber gerade der auf die Existenzgefährdung oder -vernichtung ausgehende Streik als unzulässig angesehen werden.[172] Eine solche Wirkung kann generell auch erreicht werden, wenn die streikenden Arbeitnehmer nicht für die Durchführung der notwendigen Erhaltungsarbeiten sorgen[173] oder den Betrieb bewusst in einen Zustand der Konkurrenzunfähigkeit stürzen.

Zur intensiven Schädigung bei den genannten rotierenden Streiks, welche über das bei Vollstreiks übliche Mass hinausgeht, kommt hinzu, dass dem Gegner wegen der regelmässig nur sehr kurzen Inanspruchnahme des Streikrechts, sowie durch die regionale Ausweitung und die damit auch berührten Drittinteressen das Ergreifen von Gegenmassnahmen äusserst erschwert wird. Der offensichtliche Rechtsmissbrauch wird somit deutlich.

Der Rechtswissenschaft stellt sich die Aufgabe, mit der Entwicklung ständig neuer Kampfformen Schritt zu halten und im Falle der Rechtswidrigkeit bestimmten Fallgruppen zuzuordnen.

171) *Latournerie*, 433: „Il (le dommage) peut mettre un obstacle absolu au fonctionnement de l'entreprise ou de moins il la frappe de paralysie".

172) Arbeitskämpfe mit diesem Zweck sind zwar nicht schlechthin rechtswidrig, *Heither*, Das kollektive Arbeitsrecht 79 und *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht 128, sie können es aber werden, wenn der kampftaktische Vorteil ausgenutzt wird, um angesichts der wirtschaftlichen Lage übertriebene Forderungen durchzusetzen.

173) *Rehbinder*, ebd. 128 und *Flühmann*, Auswirkung, 54 f.

7.6.3. Das Verbot unlauterer Kampfmittel als generelle Grenze der Kampftaktik

Die Freiheit der Erfindung neuer Kampfformen durch die sozialen Gegenspieler findet ihre äusserste Grenze schon in dem das Übermassverbot konkretisierenden bestehenden schweizerischen Recht. So sind z.B. Ausschreitungen von Streikposten gegenüber Arbeitswilligen, Zerstörungen von Maschinen oder Betriebsbesetzungen strafrechtlich nicht erlaubt. Die in der Schweiz im Jahre 1975 und 1976 immer häufiger gewordenen Betriebsbesetzungen,[174] welche dem Arbeitgeber schon vorweg die wichtigsten und wirksamsten Abwehrmittel zu nehmen suchen, müssen an der Erfüllung des Tatbestandes des Hausfriedensbruches nach Art. 186 StGB scheitern.[175] Der Staat hat diesen Grenzen auch die nötige Nachachtung zu verschaffen.

Für weitere Konkretisierungen des Verbots unlauterer Kampfmittel sei auf die schweizerische Doktrin und Rechtsprechung verwiesen.

Die in diesem Kapitel aufgeführten Kampfverbote unterliegen deliktischen Sanktionsfolgen. Diese ergeben sich zwar nicht aus einer Verbindung von OR 41 Abs. 1 und Art. 28 ZGB, sondern aus Art. 41 Abs. 2 OR.[176] Teilnehmer und Organisatoren haften ebenfalls nach Deliktsrecht.

174) Zu erwähnen ist z.B. die Besetzung der Druckerei „Courrier" in Genf, Januar 1976, „Der Bund" v. 27. 1. 1976 und jüngst wieder die Besetzung der Firma Luxar in Aigle, NZZ v. 20. 1. 1977, 24; bedenklich ist die gewerkschaftliche Solidarisierung mit verschiedenen Besetzungsaktionen.

175) *Stein*, Die Beurteilung der Streikenden nach schweizerischem Strafrecht, 23; die französische Doktrin ist in der Frage der vor allem in Frankreich häufig vorkommenden Betriebsbesetzungen und ihrer Zulässigkeit schwankend, vgl. *Kahn-Freund*, Le droit de grève, 24

176) Vgl. *A. Muller*, Die Beeintrachtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR, Zürich 1975, 103 und *Heither*, Das kollektive Arbeitsrecht, 80: Ersatzpflichtig sind nach Art. 55 Abs. 3 ZGB zunächst die unerlaubt handelnden Einzelpersonen und darüberhinaus auch die juristische Person selbst.

8. Das Beamtenstreikverbot und das öffentlichrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip

8.1. Die Auffassung des Expertenausschusses der ESCH

Schon in ihrem ersten Kontrollbericht von 1969[1] setzten sich die Experten mit dem Problem auseinander, ob das dem Recht der BRD zugrundeliegende Beamtenstreikverbot (Art. 33 Abs. 5 GG)[2] mit der ESCH vereinbar sei. Die Kommission kam dabei zum Schluss, dass allein für bestimmte Kategorien von Beamten, nicht aber für die ganze Beamtenschaft der Streik ausgeschlossen werden könne. Für Polizei- und Armeeangehörige, Justiz und hohe Beamte könne jedenfalls der Streik untersagt werden.

Diese in den Conclusions II[3] bestätigte Auffassung wird im dritten Kontrollbericht näher begründet. Die Sozialcharta enthalte, wie sich schon aus einer interpretativen „Annäherung"[4] der Bestimmungen von Art. 5 und 6 ergebe, einen weiten Arbeitnehmerbegriff, welcher auch die Beamten mitumfasse. Die in Art. 31 ESCH umschriebenen Schranken eröffnen demnach nur die Möglichkeit, den Streik für bestimmte hohe Funktionäre auszuschliessen. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes und solche in privaten Betrieben dürften aber sonst gesetzlich nicht unterschiedlich behandelt werden.[5]

Auch in den Conclusions IV von 1976 hielt der Expertenausschuss nicht nur an den früheren Auffassungen fest, sondern versuchte diese noch zu präzisieren.[6] Ausgangs- und Angelpunkt der Argumentation der Experten bildet die Feststellung, dass Art. 31 ESCH mit keiner seiner Voraussetzungen für die Beschränkung des Streikrechts ein

1) Conclusions I, 40
2) Nach der h.M. in Deutschland ist das Streikverbot untrennbar mit dem Grundsatz des Berufsbeamtentums verbunden.
3) Conclusions II, 28
4) Conclusions III, 41
5) Conclusions III, 41, ebd.
6) Conclusions IV, 48 f.

gänzliches Verbot des Beamtenstreiks rechtfertigen könne. Im weiteren wird kritisiert, dass die im deutschen Recht zwischen „Beamten" und „Angestellten" gemachte Unterscheidung nicht auf die ausgeübten Funktionen selbst abstelle, sondern allein an das juristische Organisationsstatut anknüpfe; dies sei aber eine Erwägung, die durch Art. 31 nicht gedeckt sei und auch nicht zur Einschränkung des Streikrechts berechtigen könne. Die völlige Untersagung des Streikrechts für Beamte könne nicht als im Sinne von Art. 31 ESCH „für eine demokratische Gesellschaft notwendig" angesehen werden, um die in Art. 31 umschriebenen Rechtsgüter zu sichern.[7] Zur Begründung dieser These verweist der Ausschuss auf „zahlreiche andere demokratischen Staaten", welche kein generelles Streikverbot für Beamte kennen.

Die Berufung der deutschen Bundesregierung auf ihre vor der Ratifikation abgegebene „Deklaration zum Beamtenstreik",[8] in welcher sie ihre negative Haltung zum Streikrecht der Beamten bekundete, wurde abgelehnt, da mit der ESCH und ihrem System der Annahme eines „harten" Kerns völkerrechtliche Vorbehalte unvereinbar seien.

Angesichts dieser Anforderungen der ESCH hätte auch Art. 13 Abs. 2 des schweizerischen BG über die Dienstverhältnisse der Bundesbeamten von 1927, welcher das Streikverbot festschreibt, wenig Chancen, vor dem Expertenausschuss zu bestehen.

7) Conclusions IV, 49; damit verweist die ESCH selbst auf das vom Staat bei Grundrechtseingriffen einzuhaltende Verhältnismässigkeitsgebot

8) Diese Deklaration findet sich abgedruckt bei *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht 116

8.2. *Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Expertenausschusses*

8.2.1. Meinungsdivergenzen in den Kontrollorganen der ESCH

Gegenüber der sehr weiten Auslegung des Expertenausschusses gibt der Regierungssozialausschuss[9] zu bedenken, dass das in der Verfassung der BRD vorgezeichnete Streikverbot für Beamte die Bundesregierung in ihrer Interpretation und Anwendung der ESCH binde und überhaupt nicht entsprechend den Empfehlungen der Experten von ihr geändert werden könne.[10]

Hinzu kommt, dass in den Conclusions IV erstmals von einem Kommissionsmitglied, dem Schweizer *Zanetti,* eine von der Mehrheit abweichende Stellungnahme zum Beamtenstreikrecht geltend gemacht wurde.[11] Die „dissenting-opinion" von *Zanetti,* welche ein innerstaatliches Beamtenstreikverbot befürwortet, geht von einer sehr viel weiteren Auslegung des Art. 31 ESCH aus. Das Beamtenstreikverbot, welches sowohl aus der ESCH wie auch aus Art. 11 Abs.2 EMRK hergeleitet werden könne, sei auf die Notwendigkeit gegründet, das soziale Leben vor ernsthaften Unsicherheiten zu bewahren, wie sie z.B. durch die mangelnde Funktionsfähigkeit und Kontinuität des Staatsapparates hervorgerufen werden könnten.[12] Der in Art. 31 ESCH aufgeführte Schutz der öffentlichen Ordnung sowie die Sicherung der Rechte Dritter würden für die Zulässigkeit eines Beamtenstreikverbotes sprechen. Die Rechtfertigung für diese beschränkenden Massnahmen finde sich in der Natur der Funktion, die dem Beamten ob-

9) Vgl. Report of the Governmental Committee of the ESCH v. 3. 6. 1971, 13; a.A. aber L'assemblée consultative, Rapport v. 27. 8. 1973, 10 (Doc. 3276)

10) So der erste Bericht CG/CH. Soc. (70, 24), 13. In seinem zweiten Bericht, CG/CH. Soc. (72, 40), 16, hält der Regierungssozialausschuss fest, dass die Prüfung der Streitfrage durch die „Erklärung" der deutschen Bundesregierung sehr erschwert werde. Erst nach Prüfung der rechtlichen Wirkungen dieser Erklärung könne entschieden werden. Deutlich wird immerhin auch hier, dass dem deutschen Gesetzgeber ein gewisser Ermessensspielraum gewährt werden soll.

11) *Zanetti,* Conclusions IV, 135 ff.

12) Ders., a.a.O., 138 f.

liege und dem Treueband, das ihn mit seinem Dienstherrn verbinde.[13] Aber nicht nur das Treueband unterscheide den öffentlichen Dienst von dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, sondern auch die dem Beamtenstatus zugrundeliegenden besonderen Rechtsgarantien (Entlassungsschutz,[14] verstärkte Sicherung des Lohnanspruchs usw.).

Ein auf Regelungsstreitigkeiten beschränktes und zur Durchsetzung von Kollektivverträgen dienendes Streikrecht kann nach *Zanetti* sicherlich in dem Bereich keine Anwendung finden, wo, wie im öffentlichen Dienst, keine kollektivvertragliche, sondern eine gesetzlich festgelegte Ordnung der Arbeitsbedingungen herrscht.[15] Die Änderung dieser Ordnung könne nur auf dem verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Wege, nicht aber mit dem Mittel des Zwanges erreicht werden. Ein Streik müsste sich als ein gegen die Staatsorgane gerichteter, politischer Streik erweisen, der nicht geduldet werden kann.

Ausserdem könne man im Gegensatz zum privatwirtschaftlichen Verhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst nicht von einer Parität der Kampfmittel ausgehen, da dem Staat mit Rücksicht auf die zu wahrenden Allgemeininteressen verwehrt sei, das Mittel der Aussperrung gegen das Druckmittel des Streiks einzusetzen.

8.2.2. Fragwürdige Herleitung des Beamtenstreikrechts aus einer rechtsvergleichenden Übersicht

Der Expertenausschuss ist der Meinung, dass es in zahlreichen demokratischen Staaten nicht für notwendig befunden wurde, das Streikrecht generell zu verbieten, und dass ein Verbot schon aus diesem Grunde mit Art. 31 ESCH nicht vereinbar sein könne. Der Studie von

13) Ders., 138 und weitere gegen ein Streikrecht der Beamten sprechende Argumente, s.u. S. 291 ff.
14) *Zanetti*, Conclusions IV, 139 und ders., Colloque, 98 f.
15) *Zanetti*, Conclusions IV, 142 f. und Colloque, ebd.

Kahn Freund[16] folgend hat aber auch hier das Minderheitsvotum von *Zanetti* die Zulässigkeit dieses Schlusses der Mehrheitsmeinung in Frage gestellt. So sieht ein grosser Teil der europäischen Länder, basierend auf einer gesetzlichen Regelung der Arbeitsbedingungen der Beamten, ein völliges Streikverbot vor, wie z.B. die BRD,[17] die Schweiz,[18] die Beneluxländer,[19] Dänemark und vermutlich auch Island und die Türkei.[20]

Selbst beamtenstreikfreundliche Länder können, wie *Zanetti* und andere Autoren ausführen, auf massive Eingriffe in das grundsätzlich gewährleistete Beamtenstreikrecht zum Schutze der öffentlichen Ordnung und zur Vermeidung eines missbräuchlichen Gebrauchs des Streikrechts nicht verzichten.[21]
Dies soll am Beispiel von Frankreich etwas genauer dargestellt werden:

Bis zum Erlass des Streikgesetzes vom 31. Juli 1963[22] waren in Frankreich schon zahlreiche generelle Streikverbote für bestimmte Beamtenkategorien, wie z.B. für Polizei- und Strafvollzugsbeamte in Kraft. Im Gegensatz zu diesen Gesetzen befasst sich das Streikgesetz damit, die Rechtmässigkeit von Streiks in den „services publics" von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen, wie z.B. von einer vorherigen Streikanzeige (préavis), die Überraschungsstreiks unzulässig machen soll; ausserdem sind bestimmte Streikformen als Miss-

16) *Kahn-Freund*, Le droit de grève, 8 ff.; entsprechend *Zanetti*, conclusions 139 ff.; rechtsvergleichende Übersicht zum Beamtenstreikrecht bieten auch *Tomandl*, Grundprobleme, 200 f. und *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 102 ff.
17) Dies ist in Deutschland ganz überwiegend die Meinung, vgl. z.B. *Söllner*, Arbeitsrecht 80 mit Nachweisen; zu den Reformbestrebungen in deutschen öffentlichen Dienst vgl. s.u.S. 290 ff.
18) S.u. S. 298 Fn 68 und aus der schweizerischen Literatur ausführlich *Wormser*, Streikartikel, mit weiteren Hinweisen
19) Luxembourg möchte aber neuerdings dem Vorbild Frankreichs folgend ein Streikgesetz im öffentlichen Dienst verabschieden: Projet de loi v. 25. 9. 1973 portant réglementation de la grève dans les services publics, N 1726; dieses Gesetz scheint aber bis heute immer noch nicht angenommen zu sein.
20) Vgl. hierzu die Aufgliederung bei *Zanetti*, Conclusions IV, 140
21) *Zanetti*, Conclusions IV, 141
22) Zur Entstehung und zum Inhalt dieses Gesetzes vgl. *Leistner*, Der Streik im öffentlichen Dienst Frankreichs, Köln 1975, 143 ff. und *Sinay*, La grève, 1966, 380 ff.

brauch des Streikrechts, so die „grèves tournantes", im öffentlichen Dienst ausdrücklich verboten.[23]

Dieses von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Beamtenstreiks ausgehende Streikgesetz weist nun einen wesentlichen, für die Beurteilung der Notwendigkeit eines solchen Streikrechts entscheidenden Unterschied zur Rechtssituation z.B. in der Schweiz und in Deutschland auf. Es hat keinerlei Möglichkeit für einen Dialog zwischen der öffentlichen Hand als Arbeitgeber und ihren Bediensteten geschaffen. Damit wird ein „generelles Charakteristikum des französischen öffentlichen Rechts",[24] welches Beteiligungs-, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsverfahren nur rudimentär ausgebildet hat, sichtbar. Gerade eine solche Situation muss aber in den Rechtsvergleich einbezogen werden, da sich hieraus wichtige Schlüsse für die Beurteilung von Streikverboten ergeben können.[25]

Schon kurz nach Erlass dieses Gesetzes sah sich die Regierung gezwungen, weiteren Bediensteten des öffentlichen Dienstes das Streikrecht zu versagen. Anlass hierzu bildeten wiederholte Streiks des für die Luftsicherheit zuständigen Personals.[26] Weitere Streikverbote für verschiedene Beamtenkategorien folgten in kürzeren Abständen.[27] Das beschränkte Streikverbot wurde damit kontinuierlich auf immer weitere Beamtenkategorien ausgedehnt; ein Ende der Praxis des französischen Gesetzgebers dürfte kaum abzusehen sein.[28]

23) Vgl. hierzu ausführlich *Leistner*, a.a.O. 158 f.

24) So Leistner, a.a.O. 165; vgl. zusammenfassend *Ferrier*, La participation des administrés aux décisions de l'administration: Revue de droit public et de science politique, 1974, 663 ff.

25) Die soziale und rechtliche Stellung der Beamten und Angestellten differiert hier grundsätzlich zu anderen Ländern wie z.B. zur Schweiz, s.u. S. 345 ff; schon aus diesem Grunde darf die am „funktionsbezogenen" Kampfverbot des französischen Rechts orientierte Rechtsprechung der Experten der ESCH nicht ohne Vorbehalt auf die Rechtssituation anderer Länder mit unterschiedlichen sozialen Bedingungen übertragen werden.

26) Gesetz Nr. 64-650 v. 2. 7. 1964, „relative à certains personnels de la navigation aérienne".

27) In einem Gesetz v. 31. 7. 1968 wurde das Personal des „service des transmissions" des Innenministeriums dem Streikverbot unterstellt; das Gesetz v. 17. 6. 1971 „relative à certains personnels de l'aviation civile" folgte; auch in das neue Statut des Staatsrundfunks ORTF von 1972, sowie in das Rundfunkgesetz von 1974 wurden Streikverbote aufgenommen.

28) Sehr skeptisch auch *Leistner*, a.a.O. 170

Das Vorgehen der Regierung kann sich dabei auf das für die gesamte Fortentwicklung des Streikrechts im öffentlichen Dienst Frankreichs entscheidende Urteil „Dehaene" vom 7. 7. 1950[29] stützen: In diesem Urteil wird die Regierung im Hinblick auf das Fehlen eines Ausführungsgesetzes zur Verfassung ermächtigt, Einschränkungen des Streikrechts im öffentlichen Dienst zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Dienste und zur Verhinderung eines Missbrauchs des Streikrechts zu verfügen.[30] Die Rechtsprechung ist diesem Entscheid soweit ersichtlich gefolgt; zu vermissen sind aber Ausführungen, die positiv darlegen, welche Beamtenfunktionen durch ein Streikrecht notwendig nicht tangiert werden dürfen.[31]

Neben den gesetzlichen Streikverboten für bestimmte Kategorien und den der Exekutive seit dem Entscheid *Dehaene* zuerkannten Befugnissen darf aber als weitere Beschränkung des Beamtenstreikrechts das „droit de réquisition", die Möglichkeit der Dienstverpflichtung Streikender, nicht vergessen werden. Gerade die Anwendung dieses Mittels, welches eine „hinreichend schwere Beeinträchtigung der Kontinuität des jeweiligen Dienstes oder der Befriedigung notwendiger Bedürfnisse des Landes oder der Bevölkerung" voraussetzt, gibt der Exekutive genügend Spielraum, um die nachteiligen Auswirkungen eines Streikrechts schon präventiv zu vermeiden. Wenn auch blosse Unbequemlichkeiten, die sich für die Bevölkerung aus Streiks ergeben, nicht zur Anordnung von Dienstverpflichtungen berechtigen, so kann die tatsächliche Geltungskraft eines Streikrechts im öffentlichen Dienst doch wesentlich vermindert werden.[32]

29) C.E. 7. 7. 1950, *Dehaene*, Rec. 426; vgl. zu diesem Urteil ausführlich *Leistner*, a.a.O. 113 ff.

30) ... „La reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, ... en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public. ..."

31) In einem Entscheid des Conseil d'Etat, C.E. 16. 12. 1966, wurde nur ausgeführt, dass bei den streikzugänglichen Bereichen innerhalb der PTT von vorneherein nicht solche Funktionen betroffen sein dürfen, deren Nichterfüllung dazu führe, dass „l'Etat est mis en cause dans sa raison d'être et jusque dans son existence". Zu dieser Rechtsprechung weiter *Leistner*, a.a.O. 170 ff.

32) Zur Praxis der Dienstverpflichtung als Begrenzung des Streikrechts vgl. *Leistner* a.a.O., 176 ff.

Welche tatsächliche Bedeutung solchen Zwangsmassnahmen gerade in Ländern, die den Beamtenstreik grundsätzlich gewähren, zukommen kann, zeigt der Beamtenstreik in Schweden[33] von 1971, der durch Hoheitsgewalt beendet wurde. Diese rechtsvergleichenden Ausführungen sollen hier genügen; es dürfte schwerlich gefolgert werden können, dass das Recht der verschiedenen demokratischen Staaten Westeuropas Beschränkungen oder Verbote des Streikrechts der Beamten zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staatsapparates für nicht notwendig erachtet.[34]

8.2.3. Weiterer Vorbehalt gegenüber einer extensiven Interpretation von Art. 6 N 4 ESCH

Der Expertenausschuss der ESCH geht davon aus, dass der Begriff ‚Arbeitnehmer" im Sinne der ESCH im Gegensatz zum schweizerischen und deutschen Recht auch die Beamten umfasst. Diese Auslegung vermag sich nicht nur auf die Vorbereitungsarbeiten zur ESCH, insbesondere auf die „Dreierkonferenz" von Strassburg[35] zu gründen, sondern entspricht auch der Interpretation der internationalen Konventionen der ILO.[36] Besonders deutlich findet sich der „weite" Arbeitnehmerbegriff in dem mit Art. 6 ESCH eng zusammenhängenden Art. 5 niedergelegt. Nach diesem kann das Koalitionsrecht durch das innerstaatliche Recht für Mitglieder der Polizei und der Streitkräfte beschränkt oder ausgeschlossen werden. Dies rechtfertigt den Schluss, dass allen anderen Kategorien von „Arbeitnehmern" die Ga-

33) Das schwedische Staatsbeamtengesetz von 1965 hält an der hoheitlichen Regelung der Einrichtung der Behördenorganisation, der Pflichten der Behörden, der Leitung und Verteilung der Dienststellen, der Arbeitszeit usw. fest, lässt den Rest der Arbeitsbedingungen aber vertraglich aushandeln; diese Rechtslage diente den deutschen Gewerkschaften als Modell für die Reform des öffentlichen Dienstes.

34) Selbst *Mitscherlich*, der die Auffassung des Expertenausschusses der ESCH teilt, kommt zum Schlusse, dass aus dem rechtsvergleichenden Überblick keine Folgerungen zugunsten der einen oder anderen Meinung gezogen werden können, Arbeitskampfrecht 109; im Widerspruch hierzu aber ders., 110 f.

35) Vgl. *Bleckmann*, Interprétation, 401 und *Mitscherlich* a.a.O., 100 f.

36) *Bleckmann* a.a.O.; *Valticos*, Droit international du travail, Paris, 1970, 205 f. und Botschaft des BRs zur ILO, BBI. 1974, I, 1647 ff.

rantie des Art. 5 zusteht. Aus dem engen Zusammenhang von Art. 5 und 6 ESCH könnte man folgern, dass es eines ausdrücklichen Hinweises bedurft hätte, wenn in Art. 6 der Begriff „Arbeitnehmer" einen abweichenden Inhalt haben sollte.[37)]

Erste Bedenken gegenüber einer solchen Interpretation müssen sich nun aber daraus ergeben, dass Art. 6, wenn man schon die Annahme einer weiten Begriffsumschreibung durch die Redaktoren zugrundelegen wollte, keine dem Art. 5 entsprechende oder angesichts der Gefahren eines Streikrechts weitergehende Schrankenordnung für das Beamtenstreikrecht aufweist. Dies ist umso erstaunlicher, wenn man bedenkt, dass das klassische Vereinigungsrecht zu Koalitionen im internationalen Konventionsrecht sehr viel leichter Anerkennung gefunden und weniger Regelungsschwierigkeiten aufgeworfen hat, als das Recht auf kollektive Verhandlungen und auf Streik.[38)] Insoweit ist auch verständlich, dass das ILO-Abkommen 98 von 1949[39)] über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen die Beamten ausdrücklich ausschliesst. In verschiedenen Ländern wird, wie gezeigt, das Vereinigungsrecht der Beamten gewährt, das Streikrecht aber ausgeschlossen. Auch der Expertenausschuss der ESCH musste Art. 6 Abs. 4 jedenfalls mit einer über Art. 5 hinausgehenden Schrankenordnung ausstatten.

Aufschlussreich für unsere Fragestellung ist nun besonders die Rechtsprechung des Sachverständigenausschusses der ILO zum Abkommen 87, das implicit auch das Streikrecht mitgewährt. In dieser Rechtsprechung wird festgehalten, dass jedenfalls ein generelles Streikverbot dann dem Übereinkommen nicht widerspricht, wenn die Beamten andererseits über angemessene Mittel verfügen, ihre gemeinsamen Inter-

37) So die Argumentation von *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 95 ff., 98
38) *Bleckmann*, Interprẽtation, 401
39) Vgl. Art. 6 des Übereinkommens 98 v. 1. 7. 1949 (über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen); auch hierzu *Bleckmann*, Interprẽtation, 401

essen geltend zu machen.[40] Ob dies für die Schweiz angenommen werden kann, ist noch zu zeigen; deutlich wird aber, dass die von anderen Formen der Koalitions- und Streikbetätigung abweichende Situation des Beamtenstreiks erkannt und durch die Bindung des Verbots an besondere Voraussetzungen auch geregelt wurde.

Diese im Wortlaut des Art. 6 ESCH nicht bedachten Regelungsschwierigkeiten des Beamtenstreikrechts und die hierbei auftauchenden Widersprüche zu Art. 5 dürfen nun m.E. nicht durch eine allein am Wortlaut orientierte Argumentation, welche einen weiten Arbeitnehmerbegriff zugrundelegt, übergangen werden.

Im weiteren stellt sich die Frage, ob internationale Konventionen, welche wie die ILO-Abkommen und die ESCH den gleichen sozialen Schutzzweck anstreben, in ihrem konkreten Gehalt so divergierend interpretiert werden dürfen, dass von einem einheitlichen internationalen Minimalstandard des Sozialschutzes nicht mehr gesprochen werden kann. Diese auch durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte[41] aufgeworfene Problematik ist heute noch weitgehend ungelöst und kann auch hier nicht weiterverfolgt werden. Hinweise, welche für eine Annäherung der Praxis der ILO und der ESCH sprechen, können aber in verschiedenen Verbindungslinien gesehen werden: Einmal hatte die ILO an den Vorbereitungsarbeiten zur ESCH wesentlichen Anteil; diese Tatsache hat deutlichen Niederschlag in der teilweise fast wörtlichen Übernahme der Schutzbestimmungen von Art. 5 und 6 ESCH aus den Bestimmungen der ILO-Abkommen 87 und 98 gefunden.[42] Gerade auch das gesamte Kontrollverfahren der ESCH wurde in enger Anlehnung an dasjenige der ILO gestaltet.

40) Vgl. *Recueil* de décisions du Comité de la Liberté Syndicale, Genève 1972, 100 und entsprechend die Botschaft des Bundesrates über zwei Abkommen der ILO v. 8. 5. 1974, BBl 1974 I, 1651

41) Vgl. s.o. S. 78 f. Fn 206

42) Zum Vergleich der in der ILO und der ESCH gewährten Rechte vgl. besonders *Kahn-Freund*, Some reflections 132 ff. Zur Problematik gegenseitiger Interpretation internationaler Verträge vgl. *Bleckmann*, Interprétation, 392 und s.o. S. 80 Fn 210

Hinzu kommt, dass die ESCH selbst in Art. 26 den Vertretern der ILO einen beratenden Einfluss auf die Interpretation der ESCH durch den Sachverständigenausschuss einräumt.

Zumindest diese Punkte sprechen dafür, dass die Praxis der Experten der ILO auch für die Auslegung der ESCH im Interesse eines einheitlichen europäischen Standards m.E. nicht unberücksichtigt bleiben darf.[43]

Die Interpretation des inhaltlich der Schrankenordnung der ESCH in Art. 31 entsprechenden Art. 11 Abs. 2 EMRK durch die Doktrin[44] hat überwiegend eine internationale Rechtsentwicklung bestätigt, welche ein Streikverbot in der öffentlichen Verwaltung als zulässig erachtet. Auch der obgenannte *Schmidt/Dahlström-Entscheid* des EuGHfMR zu Art. 11 EMRK lässt doch immerhin eine Auffassung als vertretbar erscheinen, welche das Streikrecht der Beamten (nicht unbedingt jedes Streikrecht) als nicht unerlässlich zur Verteidigung der Berufsinteressen der Arbeitnehmer ansieht.

Da die Streikrechtskonzeption der Experten der ESCH gerade in kritischer Betrachtung der deutschen Beamtenrechtssituation entstand, sollen nun die Ergebnisse der deutschen Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts der Argumentation der Experten gegenübergestellt werden. Dies rechtfertigt sich schon aus dem Grunde, weil der Expertenausschuss die Kritik an der „Doppelspurigkeit" des deutschen öffentlichen Dienstrechts durch Unterteilung in ein Rechtsstatut der Arbeitnehmer und Angestellten einerseits und der Beamten andererseits in den Mittelpunkt stellt. Diese Tatsache bildete aber auch Ausgangspunkt der deutschen Reformdiskussion.

43) Es dürfte kaum zur Rechtssicherheit beitragen, wenn verschiedene internationale Konventionen, die die gewerkschaftlichen Rechte schützen, wesentlich unterschiedliche Anforderungen an die einzelnen Staaten stellen.

44) Vgl. *Partsch,* Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention in „Die Grundrechte", 1966, 442 ff., 446; ähnlich auch *Guradze,* Die EMRK, 1968, 170 und *Zanetti,* Conclusions IV, 137

8.3. *Die Ablehnung eines Beamtenstreikrechts durch die deutsche Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstes*

Übereinstimmend ist die Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts[45] dazu gelangt, die schon von den Experten der ESCH kritisierte Unterscheidung zwischen Beamten und sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes aufzugeben und für alle ein an einheitlichen Grundsätzen orientiertes Dienstrechtssystem zu entwikkeln; dieses soll die Rechtsverhältnisse aller öffentlichen Bediensteten umfassen.[46] Die Mehrheit der Studienkommission war sich aber nicht darin einig, welches Regelungsverfahren für dieses einheitliche Dienstrecht gewählt werden soll. Die Mehrheit der Kommission entschied sich dahingehend, dass das Dienstrecht aller öffentlichen Bediensteten durch Gesetz zu regeln sei. Damit war die Entscheidung gegen ein Streikrecht im öffentlichen Dienst gefallen.[47]

Nur eine Minderheit der Studienkommission befürwortete eine Regelung des Dienstrechts für alle öffentlichen Bediensteten teils durch Gesetz (z.B. allgemeine Pflichten, Ordnungsrecht) teils arbeitsnehmerrechtsähnlich durch Tarifvertrag, was die Zulässigkeit des Arbeitskampfes in diesem Bereich ermöglicht hätte.[48] Die zusammenfassenden Gedanken der Mehrheit der deutschen Studienkommission, welche die Unzulässigkeit eines Beamtenstreikrechts begründen, sollen im Folgenden ausführlich erwähnt werden, weil sie einmal die mangelnde Praktikabilität der vom Expertenausschuss der ESCH vertre-

45) Vgl. Bericht der Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, Rn. 882 ff, 891 ff.

46) So der Bericht S. 141 f.

47) Die „Zweispurigkeit" im Recht des Dienstkampfes wird deshalb, wie *Leisner* ZBR 1975, 69 meint, in den kommenden Jahren erhalten bleiben; die Vereinheitlichung des Dienstrechts habe hier keine Aussicht auf Verwirklichung. Die Mehrheit teilt also die ganz überwiegende Meinung in der deutschen Doktrin vgl. z.B. *Isensee*, Beamtenstreik 1971; *Rüthers/Söhnen*, Demokratisierung durch Beamtenstreik?, Der Staat 1972, 550 ff; *Feindt*, Streikrecht für einen künftigen öffentlichen Dienst, 309 ff. etc.

48) Bericht Rn. 914 ff; das am schwedischen Recht orientierte „Gesetz-Tarifmodell" fand scharfe Kritik in der Doktrin: vgl. z.B. *Rupp:* Gespaltener Beamtenstatus? in „Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat", 167 ff. 177 f.; vgl. auch *Isensee*, a.a.O. (Fn 47) 42 ff. und schon *Leisner*, Reform der Mitte, ZBR 1973, 97 ff.

tenen funktionsbezogenen Kampfverbote zeigen, zum andern die Möglichkeiten alternativer Verfahrensregelungen deutlich machen. Die grundlegenden Ausführungen geben insoweit auch die entscheidende Argumentationsgrundlage zugunsten des im schweizerischen Recht geltenden Beamtenstreikverbots ab. Der Bericht entwickelte die folgenden Gedanken.[49] Die der öffentlichen Hand zugewiesenen Aufgaben erfassten heute nahezu alle Lebensbereiche. Nur der Staat sei in der Lage, die vielfältigen Bedürfnisse einer Gemeinschaft in einer entwickelten Industriegesellschaft angemessen zu befriedigen. Im öffentlichen Dienst hätten Kampfmassnahmen in der Regel wesentlich weitergehende Auswirkungen als im sonstigen Arbeitsleben, denn sie könnten die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören, die Daseinsvorsorge und den sozialen Ausgleich gefährden; Belange der Allgemeinheit würden dadurch schwer beeinträchtigt. In den meisten öffentlichen Bereichen habe der Staat eine Monopolstellung, die dem Bürger kaum eine Möglichkeit belasse, bei Leistungsausfall auf andere Einrichtungen auszuweichen. Die Elastizität des Marktes, welche den Arbeitskampf in der Wirtschaft für die betroffenen Produzenten und Konsumenten noch erträglich mache, fehle im öffentlichen Sektor.

Die Androhung der Lahmlegung öffentlicher Einrichtungen müsse als Nötigung empfunden werden, vor der die Allgemeinheit kapitulieren müsse. Notleidende seien aber vor allem die sozial Schwachen, die auf die öffentlichen Leistungen in besonderem Masse angewiesen seien.[50]
Der Versuch, das Streikrecht im öffentlichen Dienst so zu differen-

49) Bericht der Studienkommission, 891 ff.

50) Die dem öffentlichen Dienst im modernen Sozialstaat immer stärker zuwachsenden „Systemerhaltungs- und Integrierungsfunktionen" (Feindt, Streikrecht 321) bedingen gerade eine Beschränkung der Tarifautonomie; diese wesentlichen Zusammenhänge zwischen Streikverbot und Sozialstaatsprinzip im Bereich des öffentlichen Dienstes hat besonders *v. Münch*, Beamtenstreik und Sozailstaatsprinzip, ZBR 1970, 371 ff. offengelegt. Die Abhängigkeit des Einzelnen von den sozialen Leistungen des Staates wird aber von den Befürwortern eines Beamtenstreikes wie z.B. von *Benz*, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis 1969, nur ungenügend berücksichtigt, wenn allein der Beamtenstreik in der Sozialversicherung und im Gebiet der Sozialhilfe, soweit das Existenzminimum betroffen ist, ausgeschlossen wird.

zieren, dass wenigstens eine notdürftige Aufgabenerfüllung gesichert bleibe, biete keinen Ausweg. Schon die vielfältigen Zusammenhänge innerhalb des Geflechts der öffentlichen Funktionen liessen eine eindeutige und praktikable Abgrenzung der lebenswichtigen von den weniger lebenswichtigen Leistungen nicht zu:[51] Eine solche Regelung könne deshalb auch nicht justiziabel gestaltet werden.[52] Wenn aber ein Beamtenstreikrecht in der Weise eingeschränkt werden könnte, dass der Staat alle wesentlichen Funktionen noch erfüllen könne, dann hätte es mangels wirksamer Druckausübung gar keinen Sinn mehr. Ein weitergehendes Streikrecht, das den Staat hindern würde, die dem Bürger geschuldeten Leistungen zu erbringen, wäre aber verfassungswidrig.

Auch unter allgemeinwirtschaftlichen Gesichtspunkten könnten Kampfmassnahmen im öffentlichen Dienst mit Lohnkonflikten im sonstigen Arbeitsleben nicht verglichen werden. Dem Interesse der Arbeitnehmer an möglichst hohem Einkommen stehe zwar auch der

51) In dieser wesentlichen Frage sind sich selbst die wenigen Befürworter eines Beamtenstreikrechts uneins: So streitet man sich darüber, ob bei einem Streik des Justizpersonals reine Routineangelegenheiten und die Bearbeitung von Delikten, für die das Opportunitätsprinzip gilt, liegenbleiben dürfen, dagegen *Ramm*, Streikrecht der Beamten, 141; dafür, *Däubler*, Streik im öffentlichen Dienst, 240; oder ob Finanzbeamte stets für relativ kurze Zeit streiken dürfen, dagegen *Ramm*, 143, dafür *Däubler*, 240; oder, ob sämtliche Rundfunk- und Fernsehanstalten bestreikt werden dürfen: *Ramm* dagegen, 149, *Däubler* dafür, 236; ob Ärztestreiks generell zulässig sind: *Ramm* ja, 150; *Däubler*, nein, 236. Überhaupt lassen sich in der Literatur keine praktikablen Abgrenzungen nachweisen vgl. *Söllner*, Arbeitsrecht, 80; *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 110 ff. und auch bei *Wormser*, Streikartikel, 89; letzterer hält die Daseinsvorsorge für Differenzierungen zugänglich, dagegen aber *Wildhaber*, ZBJV 1972, 470

52) Auch das von der Minderheit der Studienkommission vorgeschlagene Gesetz/Tarifmodell lässt jegliche operationale Abgrenzung von streikzugänglichen und nichtzugänglichen Bereichen vermissen; zur Kritik an der Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes vgl. *Rupp*, Gespaltener Beamtenstatus, in: Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, Berlin 1975, 177 f.; vgl. auch s.o. S. 284 f. die Mängel der französischen Rechtsprechung. Neben der Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes macht nun aber die Minderheit der Kommission einen realistischeren Vorschlag zur Bestimmung der Grenzen des Streikrechts im öffentlichen Dienst: „Durch Tarifvertrag wird geregelt, wie die Wahrnehmung der genannten Aufgaben (also auch die Sicherung des Gemeinwohls, Anmerkung des Autors) organisatorisch sicherzustellen ist". Sofern nun aber damit die Grenzziehung den Streikenden selbst obliegt, so kann – auch hier ist *Rupp*, 178 zuzustimmen – von verfassungsrechtlichen Grenzen des Streiks schlechterdings nicht mehr gesprochen werden.

Wille der Verwaltung gegenüber, die Lohnkosten zu mindern. Im öffentlichen Sektor fehlten aber die Marktbedingungen, die in der Wirtschaft eine für alle Beteiligten tragbare Lösung von Verteilungskonflikten erzwängen. Dem in der Privatwirtschaft spielenden Regulativ, nach welchem Gewinnchancen und Verlustrisiko unter Konkurrenzdruck die Kosten steuern, komme im öffentlichen Bereich keine entsprechende Funktion zu. Die Erhöhung der öffentlichen Ausgaben habe keine Ertragsminderung zur Folge, führe nicht zu einer Verschlechterung der Marktposition des Arbeitgebers, sondern zwinge zu haushalts- und finanzpolitischen Anpassungsmassnahmen. Diese könnten aber aus sich heraus keinen Gegendruck erzeugen, da der Staat gemeinhin als „unbeschränkt leistungsfähig" gelte. Damit fehle aber der Steuerungsmechanismus, der in der Privatwirtschaft die Ausübung der Tarifautonomie beschränke.[53] Denn die meisten Aufgaben der öffentlichen Hand müssten unbedingt erfüllt werden, könnten also nicht unter Hinweis auf die steigenden Kosten ohne weiteres eingestellt oder wesentlich gemindert werden.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes gibt es ferner nach Ansicht der Studienkommission keine rechtlich gesicherte Kampfparität der Tarifpartner. Das Mittel der Aussperrung steht dem sozialen Rechtsstaat nicht zur Verfügung,[54] weil er aufgrund seines Verfassungsauftrages die von ihm geforderten Leistungen jederzeit und gleichmässig, ohne Privilegierung bestimmter Partikularinteressen erbringen muss. Das Sozialstaatsgebot verbietet es, dass ein verwaltungsinterner Konflikt den Staat an der Erfüllung seiner Aufgaben, auf die der Bürger

53) Der Staat hat keine dem Privatunternehmen vergleichbare Marktposition zu behaupten; er steht ausserhalb des Wettbewerbs und seiner Risiken. Der Staat, der sich seine Einnahmen über die Steuern erschliesst, ist unbegrenzter tariflicher Zugeständnisse fähig, die ausschliesslich und unmittelbar von der Allgemeinheit zu tragen sind.

54) So auch schon *Zanetti*, Conclusions IV, Fn 13, 14, S. 276; vgl. auch u.a. *Hanau*, Streiks im öffentlichen Dienst, ZRP 1974, 111; das Risiko des Kampfausgangs ist beim Beamtenstreik aber nicht nur deshalb ungleich verteilt, weil dem Arbeitgeber die Aussperrung nicht zugestanden werden kann, sondern auch deshalb, weil dem Beamten eine erhöhte Arbeitsplatzgarantie zukommt; so auch neuerdings *Scholz*, Öffentliche Amtsverfassung – private Arbeitsverfassung, in: Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, (Fn 52) 190 f.

angewiesen ist, hindert. – Überhaupt müssen Tarifautonomie und Streikrecht immer im Gesamtzusammenhang der dem Beamten im öffentlichrechtlichen System gewährten Rechtsstellung beurteilt werden. Es sind allerdings staatlicherseits bereitgestellte vorbeugende Verfahrensregelungen notwendig, die verwaltungsinterne Konflikte zu bewältigen vermöchten.[55] Aus Art. 9 Abs. 3 GG können nach Auffassung der Studienkommission keine Einwendungen gegen diese Folgerung aus Art. 33 Abs. 5 GG erhoben werden, denn den Verwaltungsangehörigen bleibt auch künftig freigestellt, Koalitionen zu bilden und sich ihnen anzuschliessen. Wegen der Besonderheit dieses Bereiches ist aber Tarifautonomie unvereinbar mit anderen grundlegenden Verfassungsentscheidungen, insbesondere mit den Grundrechten. Die Ablehnung des Beamtenstreiks hat zuletzt in den für die Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts erstatteten Gutachten von *Forsthoff, von Münch, Schick, Mayer* und *Ule* deutliche Bestätigung gefunden.[56]

Ist nun an der Zulässigkeit des Beamtenstreikverbots aus den genannten Gründen festzuhalten, so ist weiter zu fragen, ob die künftige Entwicklung im Widerspruch zu den Forderungen des Expertenausschusses der ESCH zu einem generellen Streikverbot der „Beamten" *und* „Arbeitnehmer" im öffentlichen Dienst führen muss. Diese mögliche Entwicklung zur Vereinheitlichung des Dienstrechts hat jüngst *Leisner*[57] in einer deutlich an der Rechtswirklichkeit orientierten Argumentation darzulegen versucht: „Das ganze Instrumentarium des

55) Vgl. s.u. S. 296 ff.

56) Vgl. Anlageband 5 zum Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts zum Thema: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 17 ff.; Während *Forsthoff* auf die fehlende Grundrelation von Kapital und Arbeit im öffentlichen Dienst verwies (51 ff.), müsste nach *Schick* (257 ff.) die Kampfparität im öffentlichen Dienst gegenüber der staatlichen Gewalt das Ende des Staates bedeuten. Eine Trennung der Funktionen als Staat und Arbeitgeber sei nicht zulässig, da der Staat keine eigenen Interessen verfolge, sondern nur dem Gemeinwohl zu dienen habe. Nach *Mayer* (659 ff.) ist der öffentliche Dienst von seinen typischen Funktionen her streikunzugänglich. Zur Kritik vgl. die bei *Feindt*, Streikrecht 316 aufgeführten Autoren *Hoffmann, Däubler*, usw.,

57) *Leisner*, Arbeitskampf gegen den allmächtigen Steuerstaat ..., in ZBR 1975, 69 ff.

Streiks" passe schon deshalb „nicht in die öffentliche Landschaft", weil der öffentliche Arbeitnehmer bei bestehendem Beamtenstreikverbot dem Staate rettungslos unterlegen sei; die öffentlichen Arbeitnehmer könnten nämlich nicht damit rechnen, dass sich die Beamten ihrem Streik anschliessen. Der Staat könne auch im Gegensatz zum privaten Arbeitgeber „ohne Rücksicht auf Verluste" Ersatzarbeitskräfte einstellen und die Beamten zu Überstunden anhalten, so dass die Arbeitskampfparität im umgekehrten Sinne wie beim Beamtenstreik nicht mehr gegeben sei. *Leisner* schliesst mit der These: ‚Im öffentlichen Dienst gibt es nur Schlichtung, keinen Arbeitskampf, weil der Staat stets virtuell allmächtig ist. Wer diese Macht nicht einsetzt, der handelt nicht unentschlossen, sondern pflichtwidrig".[58]

Als wichtigste Folgerung ist im Hinblick auf die Argumentation der ESCH-Experten festzuhalten, dass eine Ausdehnung des heute in Deutschland schon bestehenden Streikrechts der öffentlichen Arbeitnehmer und Angestellten auf die Beamten, die allein durch „funktionsbezogene"[59] Kampfverbote beschränkt wäre, nach der heute überwiegenden Meinung rechtspolitisch nicht in Frage kommen kann. Vielmehr wäre angesichts dieser Sachlage eher eine Entwicklung in umgekehrter Richtung denkbar.

58) Eine faire Streikauseinandersetzung sei im öffentlichen Dienst unmöglich, denn als Folge des Streiks könne es nur die (pflichtwidrige) Kapitulation des Staates aus Gewerkschaftssolidarität geben oder der Staat lasse die Arbeitnehmer „sich zu Tode streiken"; oder er schlage den Streik mit Hoheitsgewalt nieder; das Erste sei eine Katastrophe für die Staatlichkeit, das Zweite für die Arbeitnehmer, das Dritte für die Rechtsstaatlichkeit. (*Leisner* a.a.O., 75)

59) Es vermag kaum zu überzeugen, wenn, wie nach der Auffassung der Experten, allgemeinwichtige Funktionen und damit streikunzugängliche Bereiche allein im Kreise der höheren Beamten angesiedelt werden; von welcher schädigenden Wirkung auch ein Ausstand untergeordneter Beamten sein kann, vermag ein Streik von PTT- und SBB-Beamten gut zu illustrieren. Zudem dürfte ein Streikverbot für die funktionell wichtigsten Arbeitsbereiche kaum praktikabel sein, denn der rechtswidrige Streik würde hierdurch geradezu provoziert.

8.4. Staatliche Verfahrensregelungen als Alternative zum Streikrecht der Beamten

Nach Auffassung der deutschen Studienkommission sind in einem System des generellen Beamtenstreikverbots „flankierende Vorkehren für Konfliktlösungen", insbesondere vorbeugende Verfahrensregelungen notwendig, welche eine weitgehende Beteiligung der Verwaltungsangehörigen und ihrer Organisationen am Zustandekommen eines angemessenen Interessenausgleichs sicherstellen. Damit soll es möglich werden, dass Konfliktursachen rechtzeitig erfasst und in vertrauensvoller Zusammenarbeit gelöst werden. Der Bericht schlägt hier vor: [60]

> „Regierung und Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften kommen regelmässig zu Gesprächen über allgemeine Regelungen der dienstrechtlichen Verhältnisse zusammen. Darüberhinaus können Regierungen und Spitzenorganisationen innerhalb festzulegender Fristen die Erörterung verlangen. Die Regierung hat bei der Vorbereitung von Gesetz- und Verordnungsentwürfen dienstrechtlichen Inhalts und bei Stellungnahmen zu Vorlagen anderer initiativberechtigter Organe, soweit das öffentliche Dienstrecht beteiligt ist, die Spitzenorganisationen zu beteiligen und deren Auffassungen in das gesetzgeberische Verfahren einzubringen. Ist die Regierung nicht bereit, Anregungen der Spitzenorganisationen zu Gesetzesinitiativen zu entsprechen, hat sie dem Parlament zu berichten".

In der Schweiz hat die Teilhabe der Verbände an der staatspolitischen Willensbildung eine lange, auch verfassungsrechtlich abgesicherte Tradition. Die Mitarbeit der Verbände bei der Vorbereitung von Gesetzen auf dem Gebiete der Wirtschafts- und Sozialpolitik zeigt sich einmal darin, dass den Verbänden die Vorentwürfe zur Stellungnahme (Vernehmlassung) unterbreitet werden und zum andern in der Mitwirkung in den für die Erarbeitung der Vorentwürfe zuständigen Ex-

60) Vgl. den Bericht Rn. 897 ff.; zu ähnlichen Vorschlägen kommen auch *Ramm*, Streikrecht der Beamten, 1970 (zit. nach *Feindt*, Streikrecht 317), *Feindt* a.a.O., 325 f. und *Leisner*, Reform der Mitte, ZBR 1973, 97 ff. und *Hanau*, Kein Streikverbot für Beamte, JuS 1971, 124

pertenkommissionen.[61]

Ebenso bilden die Mitwirkungsrechte der Beamten einen festen Bestandteil des öffentlichen Rechts der Schweiz: So werden einmal bei den dienstrechtlichen Angelegenheiten des Bundespersonals alle grundlegenden Personal- und Lohnfragen, ohne dass es gesetzlich vorgeschrieben wäre, im voraus mit den Organisationen des Bundespersonals besprochen.[62]

Für die Mitwirkung des Personals bei Geschäften wie Arbeitszeit, Besoldung, Ämterklassifikation sowie Begutachtung der für das gesamte Bundespersonal gültigen Erlasse (Vollziehungsverordnungen) hat der schweizerische Gesetzgeber schon früh die Grundlagen für besondere Organe geschaffen: So wurden auf Antrag der Personalverbände im Bundesgesetz über die Arbeitszeit beim Betrieb der Eisenbahnen und anderer Verkehrsanstalten von 1920 (Art. 18)[63] und im Beamtengesetz des Bundes von 1927 (Art. 65 und 66) Bestimmungen über die Schaffung von paritätisch zusammengesetzten Kommissionen aufgenommen.

Die im Beamtengesetz vorgesehene Paritätische Kommission für Personalangelegenheiten begutachtet zuhanden des eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes die Entwürfe der vom Bundesrat ausgehenden Erlasse zum Beamtengesetz und die Vorschläge über Änderungen oder Ergänzungen des Gesetzes sowie die entsprechenden Ausführungserlasse des Bundesrates. Sie äussert sich weiter zu allgemeinen Personal- und Lohnfragen. Sie tritt auf Einladung des Departementes zusammen, wenn sich Verwaltung und Personalorganisationen in einer grundlegenden Personal- oder Lohnfrage nicht einigen können.[64]

61) Vgl. aus der umfangreichen Literatur z.B. *Flückiger*, Die Anhörung der Kantone und Verbände im Gesetzgebungsverfahren, Bern 1968 und *Häfely*, Staats- und gesellschaftspolitische Rolle der Tarifpartner in der Schweiz, in *Scheuner*, Die Rolle, 59 ff.

62) *Lobsiger*, Stellung, 307

63) Nach Art. 22 des BGes v. 8. 10. 1971 über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs besteht eine Arbeitszeitgesetzkommission, an der PTT und SBB mit je zwei Verwaltungs- und Personalvertretern beteiligt sind.

64) *Lobsiger*, Stellung, 307

Weiter muss für den Bereich der allgemeinen Bundesverwaltung erwähnt werden, dass nach Art. 67 des Beamtengesetzes in den einzelnen Verwaltungen und Dienststellen Personalausschüsse gebildet werden können; hinzukommen in der allgemeinen Bundesverwaltung, den PTT und den SBB sog. „Stellenbewertungs- und Disziplinarkommissionen" (Art. 33 des Beamtengesetzes),[65] sowie bei der Versicherungskasse für das Personal der Bundesverwaltung und der PTT eine „Kassenkommission".

Eigentliche mitbestimmende (mitentscheidende) Funktionen haben unter den aufgeführten Mitwirkungsorganen allein die Kommission der Eidgenössischen Versicherungskasse und die Versicherungskasse der Schweizerischen Bundesbahnen.[66] Neben diesen Mitentscheidungsorganen im sozialen Bereich bestehen aber auch solche im unternehmungspolitisch-wirtschaftlichen Bereich. So wurde mit Inkraftsetzung des PTT-Organisationsgesetzes auf den 1. 7. 1970 ein Verwaltungsrat geschaffen, in welchem dem Personal gemäss Art. 16 bis dieses Gesetzes eine angemessene Vertretung (heute vier Mitglieder der Personalverbände von 15) einzuräumen ist. Ebenso sind die Mitarbeiter der SBB im Verwaltungsrat vertreten.[67]
In der Doktrin wird heute einhellig vertreten, dass ein völliges Kampfverbot[68] in der Verwaltung nur vertretbar sein könne, wenn zugleich

65) Vgl. hierzu ausführlich die Botschaft zum Entwurf eines BBs betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag v. 22. 8. 1973, vgl. BBl 1973, II, 334 ff., 343 ff.

66) *Lobsiger*, 308 und Botschaft, BBl 1973, 342 f.; ausgehend von diesem Mitbestimmungsstand fordern die Personalverbände eine Erweiterung der Mitbestimmung; vgl. s.u. S. 300 Fn 75

67) Botschaft a.a.O., BBl 1973, II, 338 f.

68) In der schweizerischen Doktrin treten ersichtlich für die vollumfängliche Beibehaltung des bestehenden Streikverbots ein: *Lobsiger*, Stellung, 309 aus Gründen der fehlenden Kampfparität im öffentlichen Dienst; *O.K. Kaufmann*, Grundzüge des schweizerischen Beamtenrechts, in ZBl. Bd. 73, 1972, 379 ff., 382 zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Verwaltungsablaufs (*Kaufmann* nennt auch einige Beispiele kurzer Demonstrationsstreiks im öffentlichen Dienst, 383) und ebenso *Zanetti*, in Conclusions IV, 135 ff. und *Wildhaber*, ZBJV Bd. 108, 1972, 470; Ebenso die Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, Bericht 67. A.A. aber jüngst *Wormser*, Streikartikel, 205.

ein anderes taugliches Instrumentarium bereitsteht, um die vorhandenen Konflikte zu lösen.[69] Gerade die Mitwirkungsrechte des Personals sind „Ersatzmechanismen für den Beamtenstreik",[70] denn nur ein gutes Betriebsklima und eine abgestimmte Personalpolitik kann zur Vermeidung von Konflikten beitragen. Entsprechend dem Streikrecht muss aber auch der Ausbau der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst seine verfassungsrechtliche Grenze haben: „Dem Personal können Letztentscheide im öffentlichen Dienste nicht übertragen werden".[71] Denn der „Personalvertretungsstaat"[72] wäre das Ende der Gewaltenteilung und der Beginn einer ständischen Herrschaft der Beamten im Staate.

Es darf auch weiterhin nicht vergessen werden, dass der Bund als Alternative zum Streikrecht die Bezahlung seiner Bediensteten laufend der Einkommenslage in entsprechenden repräsentativen Wirtschaftszweigen anpasst, indem er Teuerungszulagen ausrichtet und auch, soweit notwendig, den Realwert der Bezüge durch Revision der gesetzlichen Besoldungsskala neu festsetzt. Ändert sich zudem das Wertverhältnis unter den verschiedenen Berufstätigen, so wird die Ämterklassifikation angepasst,[73] für deren Neufestlegung wieder die Mitsprache gewährleistet ist.

69) Vgl. z.B. aus der deutschen Doktrin nicht nur die Ansichten der Studienkommission, sondern z.B. auch *Tomandl*, Grundprobleme, 204 f.; *Hanau*, Kein Streikverbot für Beamte? JuS 1971, 124 und *Ramm*, Koalitions- und Streikrecht der Beamten, 1970; aus der schweizerischen Doktrin *Lobsiger* a.a.O., 309

70) *Lobsiger*, Stellung, 309

71) *Lobsiger*, 310; ebenso *Leisner*, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst innere Kontrolle der Staatsgewalt, in ZBR 1971, 65

72) So *Leisner* ebd., 65

73) Vgl. *Lobsiger*, Stellung, 313 ff., 315 f.; hierzu auch *Kaufmann*, a.a.O. 382 f.

Dieses Instrumentarium wird heute fast durchwegs in der Schweiz als ausreichende „Kompensation" für das „Streikopfer" angesehen,[74] wenn auch Stimmen in den Personalverbänden nicht zu überhören sind, welche einen Ausbau der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst *und* Aufhebung des Streikverbots verlangen.[75] Die herrschende Auffassung, welche auch der Expertenausschuss der ILO vertritt, könnte dazu beitragen, die Anforderungen der ESCH mit dem geltenden schweizerischen Recht zu versöhnen.

74) So *Lobsiger*, 309 und Botschaft des Bundesrates über zwei Abkommen der internationalen Arbeitsorganisation v. 8. 5. 1974, BBl 1974, 1647 ff.; vgl. auch *Feindt*, Streikrecht 322 f. und *Tomandl*, Grundprobleme, 204 f., welche gerade die Schweiz als Vorbild für verfahrensrechtliche Alternativregelungen ansehen; auch in der schweizerischen Arbeitnehmerschaft der öffentlichen Dienstes z.B. bei der schweizerischen Eisenbahnvereinigung (SEV) herrschte lange die Auffassung vor, dass die paritätischen Kommissionen, die als Ersatz des Streikrechts dienten, ihre Aufgabe erfüllt hätten; vgl. die Angaben bei *Wormser*, Streikartikel 195, 199; *Wormser* berücksichtigt aber selbst die Fragen der mitbestimmungsrechtlichen Alternativregelungen nicht.

75) Vgl. hierzu die Nachweise bei *Wormser*, Streikartikel, 191 ff., 200 f.; vgl. auch die Eingabe des Föderativverbandes der Bundesbeamten in NZZ v. 1. 4. 1974, welche das Streikrecht fordert und zugleich festhält, dass eine lediglich begutachtende Mitbestimmung nicht genügen kann; die erweiterte (paritätische) Mitbestimmung im öffentlichen Dienst auf unternehmenspolitischer Ebene wurde aber in der Volksabstimmung vom März 1975 abgelehnt.

TEIL IV: SCHLUSSKAPITEL

9. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse

9.1.

Arbeitskämpfe wurden im Staate frühliberaler Prägung als soziale Vorgänge im Bereich des „Privaten", d.h. des Privatrechts angesehen, in die sich der Staat allein bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung einmischen müsse. Auch die Koalitionsfreiheit, die sich in engem geschichtlichem Zusammenhang zur Arbeitskampffreiheit entwickeln konnte, teilte dieses rechtliche Schicksal eines rein negatorischen Freiheitsverständnisses bis zu dem Zeitpunkt, als der werdende Sozialstaat die ordnungspolitische Rolle der Koalitionen im Institut des GAV zu anerkennen begann. An diesem gewandelten Verhältnis des Sozialstaates zur sozialen Selbstverwaltung hatte das Streikrecht keinen Anteil. Mitbedingt durch eine lange Periode des gesamtarbeitsvertraglich gesicherten Arbeitsfriedens bildet die Auffassung vom Streik- und Aussperrungsrecht als unqualifizierten, der allgemeinen Handlungsfreiheit zuzuordnenden Freiheiten (Persönlichkeitsrechte) noch immer die herrschende schweizerische Doktrin. Durch eine individualrechtliche Betrachtungsweise wird aber nicht nur die dem Arbeitskampf im freiheitlichen Sozialstaat als ultima ratio zugewiesene Ordnungsaufgabe verkannt, die Einigung über neue Arbeitsbedingungen durch GAV zu ermöglichen und wenn nötig zu erzwingen, sondern auch der Aufgabe einer funktionsgerechten Schrankenordnung zu wenig Beachtung geschenkt. Wie im internationalen Konventionsrecht zum Ausdruck kommt, sind Koalitionsfreiheit und Streikrecht ihrer Formstruktur nach nicht nur klassische Freiheitsrechte, sondern auch „prozessual verfasste" Sozialrechte, die eines staatlich abgesteckten Rahmens der Freiheitsverwirklichung bedürfen.

9. 2.

Bilden Streik- und Aussperrungsrecht unentbehrliche Bestandteile einer öffentlichen Arbeitsverfassung, dann darf ihre Durchführung nicht grundsätzlich an der Pflicht scheitern, die privaten Arbeitsverträge einzuhalten. Das Streikrecht ist vielmehr so auszugestalten, dass entweder Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis suspendiert werden oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Wiedereinstellungspflicht für wegen Streiks entlassene Arbeitnehmer statuiert wird. Ein institutionelles-sozialstaatliches Grundrechtsverständnis der verfassungsrechtlich anerkannten Koalitionsfreiheit vermag dem Streikrecht als Konnexinstitut der Koalitionsfreiheit auch auf privater Ebene Wirksamkeit zu verschaffen. Ein zweiter Weg, die Konzeption eines subjektiv-privaten Streikrechts in das schweizerische Recht einzuführen, bietet sich im internationalen Konventionsrecht an. Während die Auslegung von Art. 11 EMRK auch unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des EuGHfMR eine Streikrechtsgarantie nicht (oder zumindest nicht eindeutig) nachzuweisen vermag, hat das in Art. 6 Abs. 4 der ESCH enthaltene Streikrecht durch die Kontrollorgane eine Konkretisierung als subjektiv-privates Gestaltungsrecht erfahren. Es wäre geeignet, die schon im schweizerischen Sozialversicherungsrecht bestehenden Ansätze sinnvoll zu ergänzen. Da nach der hier vertretenen Auffassung dem Art. 6 Abs. 4 im Unterschied zu den übrigen Bestimmungen der ESCH „self-executing"-Wirkung zukäme, wäre der Richter aufgefordert, den Ansprüchen der Einzelnen Nachachtung zu verschaffen. Aber selbst bei Ablehnung des „self-executing"-Charakters dieser Bestimmung bliebe die Pflicht zur staatsvertragskonformen Auslegung des Landesrechts erhalten.

9.3.

Die Ausstattung des Arbeitskampfrechts mit den Wirkungen der privatrechtlichen Suspendierung des Arbeitsverhältnisses kann nach den Wertungen der schweizerischen „Arbeitsverfassung" rechtspolitisch nur den gewerkschaftlich organisierten Arbeitskämpfen vorbehalten werden. Der in Art. 34ter Abs. 1 BV enthaltene Auftrag an die sozialen Mächte zur „gemeinsamen" Regelung der beruflichen und betrieblichen Arbeitsbedingungen, die der Staat auf den „Arbeitsfrieden" hin zu „fördern" sucht, und welche er über Art. 56 BV hinaus als wesentlichen Bestandteil staatlicher Sozialpolitik betrachtet, hat in der historischen Entwicklung des GAV (Art. 356 ff. OR) ihren praktisch überwiegenden und typischen Ausdruck gefunden. Erwartet die Verfassung die kollektive Regelung der Arbeitsverhältnisse wesentlich von den Verbänden und trägt die flexible Regelung des GAV zur Erhaltung des Arbeitsfriedens bei, so muss auch das verfassungsrechtlich tolerierte Arbeitskampfrecht in einem engen Bezug zur Tarifautonomie gesehen werden und hier Bestimmung wie Grenze finden.

Auch das ILO-Abkommen Nr. 87 versteht den Streik als gewerkschaftliche Massnahme zum Schutze der Interessen der Arbeitnehmer. Die Beantwortung der Frage, ob auch nach der ESCH nur der gewerkschaftlich organisierte Streik mit dem Ziel einen GAV abzuschliessen oder auch der „wilde" Streik geschützt ist, stösst angesichts der Interpretationsdivergenzen zwischen den Kontrollorganen der ESCH auf Schwierigkeiten. So ist der Regierungssozialausschuss der Meinung des Expertenausschusses, dass auch der nichtgewerkschaftlich organisierte Streik, der nicht den Abschluss eines GAV zum Ziele hat, rechtmässig ist, nicht gefolgt. Gegen die Ansicht des Expertenausschusses sprechen auch verschiedene Erwägungen: Zunächst kann für den wilden Streik keine der Funktion der kollektivvertraglichen Friedenspflicht (Art. 6 Abs. 4) ähnliche Bindung entwickelt werden. Zum andern kommt in Art. 5, Art. 6 Abs. 2 und 4 zum Ausdruck, dass sowohl die grundsätzliche Konzeption der ESCH

(Art. 4 und 33) wie auch die Auslegung des Expertenausschusses die Erfüllung der Verpflichtungen der ESCH an der praktischen Verwirklichung sozialer Forderungen in der Praxis der Staaten (z.B. durch GAV) messen. Auch in der Kontrollpraxis der ILO lässt sich eine ähnliche Interpretation erkennen.

Die flexible Ordnung des GAV in der Schweiz vermag z.B. durch Indexklauseln (GAV mit und ohne Verhandlungsklauseln), durch die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs im Anschlussvertrag und Mitbestimmungsregelungen im GAV die wilden Streiks zugrundeliegenden Motivationen zu einem grossen Teil zu befriedigen und die Beschränkung des „suspendierend" wirkenden Streiks auf den gewerkschaftlichen Streik zu kompensieren. Ein Ausbau der Mitbestimmungsregelungen im nationalen Gesetzesrecht ist ausserdem geeignet, den auch in der ESCH auf Regelungsstreitigkeiten beschränkten Arbeitskampf weiter zurückzudrängen. Sowohl durch die spezifisch schweizerische Rechtssitutation wie durch das internationale Konventionsrecht, das durch die Rechtslage in der überwiegenden Zahl der europäischen Länder bestätigt wird, erscheint die Beschränkung der nichtorganisierten Arbeitnehmer auf die kollektive Kampfkündigung wie das Teilhaberecht am gewerkschaftlichen Streik gerechtfertigt, sofern man die Wiedereinstellung gekündigter Arbeitnehmer nicht dem freien Ermessen des Arbeitgebers anheimstellt.

9.4.

Die Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch freie Vereinbarung den GAV-Parteien zu überlassen, ist auch in der Schweiz nur möglich, weil der Staat auf einen Prozess des gegenseitigen Verhandelns und der gegensätzlichen Gewichtung, die auch den Druck durch das Mittel der Aussperrung nicht ausschliesst, vertrauen kann. Entsprechend der neuesten Doktrin in Deutschland ist nun das Aussperrungsrecht zwar durchaus einer vom Streikrecht sich unterscheidenden Ausgestaltung fähig, ein Verbot der suspendierenden Aussperrung wäre

aber in jedem Fall unzulässig und dogmatisch auch nicht stichhaltig begründbar. Die übereinstimmende Auffassung der Kontrollorgane der ESCH sieht die Aussperrung ebenfalls als durch Art. 6 Abs. 4 ESCH garantiert an, was auch der überwiegenden Rechtslage in den Mitgliedstaaten des Europarates entspricht.

9.5.

Keine Rechtsordnung kann darauf verzichten, dem Arbeitskampf sowohl wegen der Auswirkungen auf Dritte wie auch auf den direkten Kampfgegner Grenzen zu setzen. Als Leitgedanke jeglicher Schrankenordnung kann das in der deutschen Rechtsprechung entwickelte Verhältnismässigkeitsprinzip, welches sich in Ansätzen in der Boykottrechtsprechung des BGer wiederfindet, auch in der schweizerischen Rechtsordnung Geltung beanspruchen. Der Einwand, dass die als Schranke staatlicher Eingriffe dienende Verhältnissmässigkeitskontrolle nicht auch als Schranke der Grundrechtsausübung unter Privaten dienen könne, ist weder unter Berücksichtigung der ursprünglich öffentlichrechtlichen Funktion noch unter Beachtung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung im Privatrecht gerechtfertigt. Immerhin kann als Grenze privatrechtlicher Betätigung nur ein *offenbarer* Rechtsmissbrauch in Frage kommen, was die Unterstellung der Kampfmittel (nicht der materiellen Kampfziele) unter ein Verbot der Unverhältnismässigkeit rechtfertigt.

Der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit von Kampfmassnahmen hat in den verschiedensten und vielfältigsten Ausformungen in der vertraglichen und gesetzlichen Schlichtungs- und Schiedsordnung der Schweiz Ausdruck gefunden. Diese Schrankenordnung entspricht durchaus dem in Art. 6 Abs. 3 und 4 ESCH gesetzten Standard. Die ESCH sieht sogar Schranken als mit der ESCH vereinbar an, die, wie die „cooling-off-period" in der Schweiz nicht verwirklicht sind. Ohne Verstoss gegen die ESCH liesse sich die verfahrensrechtliche Einbindung des Streik- und Aussperrungsrechts in

wirtschaftlichen oder branchenorientierten Rahmen durch die Beseitigung von gegenwärtig in der staatlichen Einigungsgesetzgebung noch bestehenden Mängeln und durch die Statuierung eines Kollektivklagerechts zum Zwecke der Einhaltung von GAV ergänzen. Dagegen erscheint eine Abstufung der Kampfmassnahmen nach Beeinträchtigungsgraden weder praktisch durchführbar noch rechtspolitisch haltbar. Die Wahl der Kampftaktik kann nicht an ein generelles Verbot der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit gebunden werden. Es zeigt sich jedoch bei verschiedenen modifizierten Streikformen wie z.B. dem Bummelstreik, dass der Grundsatz des Verbots der Unverhältnismässigkeit durchaus als praktikables Korrektiv eingesetzt werden kann. Ein Verstoss kann vorliegen, wenn z.B. kein objektiv erkennbarer Wille der Streikenden zur Einigung vorhanden ist oder dem Gegner wegen der gleichzeitig berührten Drittinteressen das Ergreifen von Gegenmassnahmen erschwert wird.

9.6.

Das Streikrecht ist den Beamten in der Schweiz generell vorenthalten. Der Expertenausschuss der ESCH möchte jedoch nur ein partielles, für bestimmte Beamtengruppen geltendes, Arbeitskampfverbot als mit der ESCH vereinbar ansehen. Eine Minderheitsmeinung in diesem Ausschuss trat aber für die Zulässigkeit des generellen Verbots u.a. unter Hinweis auf die Regelung der Arbeitsbedingungen der Beamten durch Gesetz statt Vertrag und die fehlende Kampfparität im Falle eines Streikrechts ein. Ohne auf die materiellen Fragen näher einzugehen, hat auch der Regierungssozialausschuss im Hinblick auf das deutsche Streikverbot für Beamte Bedenken gegenüber der Durchsetzung eines partiellen Streikrechts geäussert. Dieser Auffassung kommt in Anbetracht der zunehmenden Kritik an der extensiven Interpretation des Expertenausschusses (s.u. 10. 1.) erhöhte politische Bedeutung zu.

Eine rechtsvergleichende Übersicht ergibt, dass ein grosser Teil der

Staaten, welche die ESCH ratifiziert haben, ein generelles Streikverbot für Beamte vorsieht. In diesem Überblick wird auch deutlich, dass es nicht genügt, z.B. das partielle in Frankreich geltende Streikverbot, welches der Expertenausschuss der ESCH offenbar als Vorbild empfand, dem weitergehenden Verbot in der Schweiz gegenüberzustellen und die Unvereinbarkeit des schweizerischen Rechts mit den internationalen Vorstellungen zu folgern. Vielmehr muss ein weitergehender Sozialrechtsvergleich auch die in der Schweiz in Gestalt von ausgebauten und noch ausbaufähigen Mitwirkungsregelungen der Beamten bestehenden Alternativen zum Streikrecht beachten. Die Kontrollorgane der ILO sehen eine solche verfahrensrechtliche Kompensation des Streikrechtsverbots als durchaus vereinbar mit dem Abkommen 87 an. Die engen materiellen und institutionell gesicherten Verbindungen zwischen den Konventionen und Kontrollmechanismus der ILO und des Europarates (ESCH) machen auch eine Angleichung der Interpretation vergleichbarer Bestimmungen in verschiedenen Konventionen wünschbar.

Eine richterliche Durchsetzung eines von der ESCH gebotenen Beamtenstreiks müsste neben anderen Gründen in der Schweiz schon an Art. 113 Abs. 3 BV scheitern.

9.7.

Sowohl nach dem schweizerischen Recht wie auch nach der Rechtslage im internationalen Konventionsrecht ist das Streik- und Aussperrungsrecht auf den wirtschaftlichen (arbeitsrechtlichen) Kampf beschränkt. Der politische Kampf gegnüber politischen Organen ist verboten, da die politischen Rechte der Demokratie zur Verfügung stehen. Ebenso dürfen, wie Art. 6 Abs. 4 ESCH ausdrücklich festhält, nicht Rechtsansprüche mit Kampfmassnahmen durchgesetzt werden, weil dafür der Rechtsweg offensteht. Soweit mit dem letzteren Grundsatz ernst gemacht wird und Rechtsbehelfe für die Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, können z.B. auch „Proteststreiks", die

von der Arbeitnehmerschaft zugunsten von Kollegen, die rechtswidrigen Massnahmen des Arbeitgebers ausgesetzt sind, durchgeführt werden, nicht rechtmässig sein. Der Streit um die Zulässigkeit des wilden Streiks verliert in einer ausgebauten Rechtsordnung, die ihrem sozialen Auftrag z.B. im Sinne eines sozialen Kündigungsschutzes und Mitwirkungsregelungen nachkommt, stark an Bedeutung.

10. Ausblick: Die Regelung des Arbeitskampfes im Spannungsfeld von Recht und Politik

10.1. Kann die ESCH ratifiziert werden? – Politische Überlegungen zur Ratifikationsproblematik

Da die Schweiz sich gemäss Art. 20 ESCH bei einer allfälligen Ratifikation der ESCH verpflichten müsste, mindestens fünf der sieben Artikel, Art. 1, 5, 6, 12, 13, 16 und 19 des Teils II der ESCH für sich als verbindlich zu erklären, könnte die extensive Auffassung des Expertenausschusses im Hinblick auf den Beamtenstreik die Ratifikation der gesamten ESCH in Frage stellen. Dies wäre dann der Fall, wenn die neben Art. 6 genannten Alternativbestimmungen wegen allzu gravierender Unterschiede zwischen dem heutigen Rechtszustand in der Schweiz und dem Standard der Charta keinen gangbaren politischen Ausweg bieten. Gerade zu einem solchen Ergebnis kommt aber der bundesrätliche Entwurf zu einer Botschaft betreffend die Ratifizierung der ESCH, wodurch die Problematik des Beamtenstreiks wesentlich an Brisanz gewinnt. So könnte nach der (noch vorläufigen) Auffassung des Bundesrates der Art. 13 Abs. 4 ESCH, in welchem die Gleichbehandlung der auf einem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien hinsichtlich staatlicher Fürsorgeleistungen postuliert wird, nicht ohne schwerwiegende Änderungen des schweizerischen Fürsorgesystems akzeptiert werden. Die Schweiz kann auch keiner internationalen Konvention zustimmen, die das Wohnsitzprinzip ohne mögliche Rückzahlung der Kosten

für bedürftige Ausländer vorsieht.[1]
Ebenfalls darf Art. 19, welcher das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand umschreibt, in der gegenwärtigen politischen und wirtschaftlichen Situation nicht gesamthaft angenommen werden.[2] So sind die Massnahmen zur Schaffung geeigneter, unentgeltlicher Betreuungs- und Beratungsstellen für die Wanderarbeitnehmer noch zu wenig vereinheitlicht und koordiniert, um den Anforderungen von Art. 19 Abs. 1 ESCH genügen zu können.[3]

Selbst bei dieser Ausgangslage muss sich aber ein, auch in der Ratifikationsdebatte über das Abkommen 87 der ILO deutlich gewordenes [4] Festhalten der Schweiz am Streikverbot der Beamten nicht als unüberwindbares politisches Hindernis für eine Ratifikation der ESCH erweisen. Zu diesem Schluss könnte man beispielsweise aufgrund von Betrachtungen zum politischen Stellenwert des Kontrollsystems der ESCH und der praktizierten Kontrolltätigkeit gelangen.

In dieser Arbeit wurden immer wieder im Hinblick auf konkrete Streitfragen aus dem Arbeitskampfrecht auch die konträren Ansichten innerhalb der Kontrollorgane der ESCH herausgeschält. Diese In-

1) Vgl. Entwurf zu einer Botschaft des Bundesrates betreffend die ESCH, 45 f., der darauf verweist, dass das Heimatprinzip festen Bestandteil der bilateralen Beistandsabkommen bildet. Dagegen würde Art. 13 Abs. 2 keine unüberwindlichen Anpassungsprobleme aufwerfen.

2) Immerhin ist anzumerken, dass die Anforderungen der ESCH keineswegs schon zum Zeitpunkt der Ratifikation in jeder Hinsicht erfüllt sein müssen. Die meisten Länder, die die ESCH ratifiziert haben, hatten hier wesentliche Lücken aufzuweisen, die zum Teil noch heute nicht ganz gefüllt sind. Hierauf verweist *Zanetti,* Kann und soll die Schweiz der ESCH beitreten? in: Schweizer Rundschau, 2 (1974), 83

3) Schwierigkeiten bei der Erfüllung des Abs. 2 von Art. 19 könnten sich nach den Ausführungen des Bundesrates daraus ergeben, dass staatliche Erleichterungen der Reise und Aufnahme der Wanderarbeitnehmer schon deshalb kaum möglich sind, weil die Arbeitgeber und ihre Organisationen zur Rekrutierung zuständig sind. Kaum zu bewältigende Probleme stelle das in Abs. 4 aufgestellte Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die Wohnungsbeschaffung für Ausländer sowie die unklare Formulierung des Abs. 6 von Art. 19 (vgl. Entwurf 46 ff.). Möglicherweise könnte in Zukunft die Europäische Konvention betreffend das Rechtsstatut der Wanderarbeitnehmer einen gangbaren Weg zur sozialen Erleichterung bringen.

4) Vgl. Amtl. Bulletin, NR 1974, 1216 und besonders Amtl. Bulletin, StR 1974, 572 ff.

terpretationsunterschiede zwischen dem Expertenausschuss als erstem Prüfungsorgan und dem Regierungssozialausschuss lassen sich deutlich darauf zurückführen, dass sich der erstere von direkten politischen Bindungen, z.B. durch Parlamentarier und Sozialpartner frei fühlt und sich allein der Entwicklung des sozialen Fortschritts verpflichtet weiss.[5] Die Kontrolltätigkeit des Regierungssozialausschusses orientiert sich dagegen entsprechend der personellen Zusammensetzung dieses Gremiums[6] sehr viel pragmatischer an einer politisch realisierbaren Sozialpolitik in einer auch stark geschichtlich geprägten sozialen Situation eines Landes. Der Regierungssozialausschuss erweist sich damit mit seiner Politik des „politisch Möglichen" sehr deutlich als unterstützendes Organ des Ministerkomitees (Art. 29 ESCH).[7] Diese Rolle erlaubt es sehr viel weniger, von den politischen Möglichkeiten der Staaten, den sozialen Anforderungen der Chartabestimmungen nachzuleben, zu abstrahieren.[8]

Die Frage, in welcher Richtung sich angesichts dieser Interpretationsunterschiede die künftige, wünschbare Politik der Kontrollorgane weiterentwickeln könnte und sollte, wurde anlässlich eines Kolloquiums auf Expertenebene in Brüssel[9] zum Thema der Anwendung der ESCH während zehn Jahren Praxis offen gestellt. Besonders *Delarbre* warnte eindrücklich davor, das politische Ziel der Harmonisierung der europäischen Sozialgesetzgebung durch Verwirklichung eines sozialen „Maximalstandards" anzustreben; vielmehr sollten die Kontrollorgane der Versuchung widerstehen, die in einem Lande erreichte sehr

5) Zum eigenen Rollenverständnis der Experten vgl. Conclusions III, 13 ff. und zum gegenteiligen des Comité Gouvernemental, Deuxième Rapport CG/Ch. soc. (72) 40, S. 5 ff.

6) Der Ausschuss ist zusammengesetzt aus Vertretern der einzelnen Sozialverwaltungen der Staaten, einem Repräsentanten der ILO, sowie solchen der internationalen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen, vgl. Art. 27 Abs. 2 ESCH.

7) So Deuxième Rapport du Comitē Gouvernemental, 7 und entsprechend *Delarbre*, Le rôle, colloque 53 f und Art. 27 Abs. 3 ESCH; zu den Meinungsverschiedenheiten zwischen diesen Kontrollorganen über die Reichweite ihrer Kontrollbefugnisse vgl. ausführlicher *Valticos*, Mise en parallèle, Colloque 257f, 269

8) Vgl. die einzelnen Berichte des Comitē Gouvernemental de la charte sociale européenne (1. Bericht 70, 24; 3. Bericht 74, 14; und 4. Bericht 76, 6).

9) Vgl. vor allem *Delarbre* a.a.O., (Fn 7) und *Troclet*, Dynamisme,Colloque 39 ff, 43 ff

weitgehende Verwirklichung des sozialen Fortschritts auf die anderen Länder als nachzuahmendes Modell zu übertragen.[10] Ein solches Modell wäre utopisch und politisch nicht realisierbar. Eine zu extensive Interpretation der Chartabestimmungen müsste noch ausstehende Ratifikationen erschweren und gerade dem in der Präambel der Charta niedergelegten Ziel der Förderung des sozialen Fortschritts in Europa entgegenstehen.[11]

Die Politik des Regierungssozialausschusses habe wenigstens anfänglich vermieden, eine zu weitgehende Neugestaltung der nationalen Sozialpolitik zu verlangen. Eine solche Haltung orientierte sich an geschichtlich bedingten politischen, ökonomischen und sozialen Strukturen der einzelnen Länder, welche nicht einfach ausgelöscht werden könnten.[12]

Die zunehmende Kritik an einer zu extensiven Interpretationspraxis des Expertenausschusses und die Forderung einer Annäherung an die eher an dem politisch Realisierbaren ausgerichtete mittlere Linie des Regierungsausschusses ist unverkennbar.[13] Der zurückhaltenden Auffassung des Regierungssozialausschusses gegenüber einer Durchsetzung des Beamtenstreiks[14] könnte damit in Zukunft vermehrte Bedeutung zukommen. Diese Entwicklungsperspektive wird wesentlich auch von der Warnung in der modernen arbeitsrechtlichen Doktrin

10) Vgl. *Delarbre*, Le rôle, 53 der mit dieser Aussage kritisch zur Rechtsprechung der Experten Stellung nimmt.
11) Vgl. die Kritik des Comitē Gouvernemental, 4. Rapport, CG/Ch. Soc. 76, 6. S. 3
12) *Delarbre* a.a.O., 54; die Harmonisierung der europäischen Sozialgesetzgebung könne nicht nur wegen der unterschiedlichen geschichtlichen Entwicklung, sondern auch wegen der differierenden konjunkturellen Situation die Situation der Wanderarbeitnehmer in der Rezession zeige dies deutlich – nicht sofort erfolgen.
13) Gleichwohl ist heute unbestritten, dass auch der Expertenausschuss wesentlich dazu beigetragen hat, den Bestimmungen der ESCH in verschiedenen Fällen reale Anerkennung in den Gesetzgebungen der Vertragsstaaten zu verschaffen, so deutlich *Wiebringhaus*, Die europäische Sozialcharta, 36 ff.
14) So der Regierungsausschuss in seinem ersten Bericht, S. 13 und im zweiten Bericht, S. 16. Eine vergleichbare Lage würde auch in der verfassungsrechtlichen Situation der Schweiz wegen Art. 113 Abs. 3 BV entstehen, wenn ein Gesetz aus politischen und anderen Gründen nicht zustandekommt.

getragen, nicht vorschnell soziale Errungenschaften eines Landes auf andere Länder zu übertragen.[15] Gerade im Sachbereich des kollektiven Arbeitsrechts spielen die geschichtlich gewachsenen sozialen Bedingungen eine wesentliche Rolle. So verlangt die unterschiedliche Bedeutung der Tarifautonomie in der Aufgabe der Verbesserung der Arbeitsbedingungen auch unterschiedliche rechtspolitische Konsequenzen. So kann die Regelung des Beamtenstreiks, welche z.B. in Frankreich und der Schweiz grundsätzliche formalrechtliche, wenn auch nicht so sehr praktische Unterschiede aufweist, rechtsvergleichend, wie gezeigt, nur adäquat erfasst werden, wenn der gesamte institutionelle Bezugsrahmen der Beamtenrechte in die Betrachtung miteinbezogen wird.[16] Eine einseitige Betrachtungsweise, wie sie der Expertenausschuss erkennen lässt, erscheint so z.B. im Bereich des Beamtenstreiks ebenso gefährlich wie in der Frage, welche Konflikte noch als streikzugängliche Regelungsstreitigkeiten zu gelten haben.[17]

Diese kritischen Ansätze zum Überdenken des Stellenwerts der Rechtsprechung der Kontrollorgane sollten m.E. auch vom schweizerischen Ratifikationsorgan in sein politisches Kalkül einbezogen werden. Ebenso darf nicht unbeachtet bleiben, dass sich die Durchsetzung der Expertenmeinungen im Hinblick auf Art. 6 Abs. 4 bis heute angesichts der fehlenden Empfehlungen des Ministerkomitees an die nationalen Regierungen als nicht sehr wirkungsvoll erwiesen hat.[18] Die

15) Vgl. besonders deutlich *Kahn-Freund*, Uses and misuses of comparative law, the modern law review, London 1974, 1 ff. und 21 ff.; auch *Weiss*, Zur Entwicklung des belgischen Streikrechts, in ZfA 1974, 207 ff., stellt auf die institutionellen Rahmenbedingungen einer Sozialordnung ab, um die Funktion eines neuen Rechtsinstituts erklären zu können.

16) Zur Kritik an der extensiven Interpretation der Experten von Art. 6 Abs. 4 und Art. 31 ESCH im Hinblick auf den Beamtenstreik vgl. *Zanetti*, Conclusions IV 135 ff., und ders., Droit de négociation collective, colloque, 98 ff.

17) Die Rechtsprechung der Experten lässt in verschiedenen Fragen (s.o. S. 331 f.) eine deutliche Annäherung an die französische Rechtssituation erkennen; vgl. hierzu die Schrift des bisherigen französischen Ausschusspräsidenten *Laroque*, Repertoire du droit de travail, Paris 1976

18) Vgl. Résolutions du Comité des Ministres, (71), 30, (74), 16 und (75), 26 zum dritten Kontrollzyklus; vgl. auch 4e Rapport du Comité Gouvernemental v. 13. 8. 1976. – Angesichts der politischen Zurückhaltung der Organe des Europaratos hält *Bois*, Charte Sociale Européenne, 25, die schweizerische Rechtslage mit den Geboten der Charta für vereinbar.

Annahme ist also nicht unbegründet, dass wie bis anhin auch weiterhin im Falle des Beamtenstreiks kaum eine mit 2/3 Mehrheit zu fassende Empfehlung an die Adresse einer nationalen Regierung ergehen wird.[19] Dieser Schluss dürfte sich schon aus der Meinungsdivergenz zwischen den Experten und dem Regierungsausschuss sowie aus der gleichwertigen Interpretationsbefugnis des Regierungsausschusses, welcher die Entscheidungen des Ministerkomitees mit vorbereitet, ergeben.

Eine Angleichung des in der Schweiz und in Deutschland zur Frage des Beamtenstreiks bestehenden Rechtsstandpunktes an die Anforderungen der ESCH dürfte umsoweniger Schwierigkeiten bereiten, je deutlicher und schneller sich der Expertenausschuss der ESCH zu einer mit der Rechtsprechung des Sachverständigenausschusses der ILO übereinstimmenden Konkretisierung des Streikrechts durchringen könnte. Eine solche Harmonisierung der Rechtsprechung der Kontrollorgane internationaler Konventionen im Interesse möglichst einheitlicher europäischer Sozialnormen wurde auch am Kolloquium in Brüssel von *Troclet* für wünschenswert erachtet.[20] Hierfür spricht m.E. nicht nur die von der ESCH in Art. 26 festgelegte Beteiligung der ILO an der Kontrollaufgabe der Experten der Charta, sondern auch die personelle Zusammensetzung des Regierungssozialausschusses, welchem ebenfalls ein Mitglied der ILO angehört (Art. 27 Abs. 2 ESCH).[21]

In Anbetracht dieser Ausführungen ist es verständlich, dass der bundesrätliche Entwurf zu einer Botschaft betreffend die ESCH keine „unüberwindbaren Hindernisse"für die Ratifikation der ESCH insbe-

19) So auch der Entwurf einer Botschaft zur ESCH, 37 für die künftige Situation der Schweiz.

20) *Troclet*, Dynamisme, colloque 43; vgl. auch Valticos, Mise en parallèle, colloque 252 f.

21) *Delarbre*, Le rôle, a.a.O. 51; nach *Valticos*, Mise en parallèle, ebd. sollten die verschiedenen Teilhabeformen der ILO am Verfahren der ESCH dazu dienen, Widersprüche zwischen den Kontrollorganen beider Konventionen zu vermeiden.

sondere der Art. 5 und 6 ESCH sieht.[22] Auch die politischen, nicht rechtlichen Chancen einer vom Bundesrat befürworteten Resolution zum Beamtenstreik, welche schon vor der Ratifikation die schweizerische Interpretation von Art. 6 Abs. 4 und Art. 31 ESCH in dieser Frage authentisch festhält,[23] dürften angesichts der kritischen Anmerkung zur extensiven Auslegung des Expertenausschusses nicht als schlecht bewertet werden; dies ist selbst dann der Fall, wenn man von der Auffassung der Experten ausgeht, dass einer solchen Resolution, wie sie auch von der deutschen Bundesregierung vorgebracht wurde,[24] wegen des spezifischen Ratifikationssystems der ESCH nicht die Anerkennung eines echten rechtlichen Vorbehalts zuteil werden kann.[25] Die Tolerierung dieses Standpunktes durch die Kontrollorgane der Charta könnte sich als durchaus richtige politische Wertung der weiteren internationalen Entwicklung erweisen.

Die Ablehnung der ESCH aus Gründen des Beamtenstreiks würde nicht nur den Ratifikationsprozess ähnlich dem Falle Hollands über weitere Jahre hinauszögern, ohne dass in dieser Frage auf beiden Seiten wesentlich neue Argumente ersichtlich sind, sondern auch dem von der ESCH angestrebten Ziele, den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt in Europa zu fördern, zuwiderlaufen.[26] Die Tatsache, dass gerade Art. 6 ESCH von den meisten die ESCH ratifizierenden Staaten angenommen wurde,[27] dürfte auch allzu übertriebene Ängste vor den innerstaatlichen Auswirkungen des Streikartikels beschwichtigen.

22) Vgl. Entwurf a.a.O., 37; nicht unbeachtet bleiben kann auch die Tatsache, dass im Oktober 1976 eine personelle Veränderung auf verschiedenen Positionen des Expertenausschusses eingetreten ist, welche möglicherweise auch zu Modifizierungen in der Rechtsprechung führt.

23) „Ayant à l'esprit l'art. 31, de même que la précision énoncée dans la seconde partie de l'annexe au traité en ce qui concerne l'art. 6 N 4 ... le Conseil fédéral déclare que les dispositions pertinentes de la législation suisse, notamment de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30. 6. 1927 et les dispositions ... ne sont incompatibles ni avec la reconnaissance du droit syndical postulé par l'art. 5, ni avec celle du droit de grève prévue par l'art. 6 N 4 de la charte sociale". (Entwurf, 36)

24) Vgl. den abgedruckten Wortlaut bei *Mitscherlich*, Arbeitskampfrecht, 95 f., 116 ff.

25) Vgl. Conclusions IV,, 49 f.; die Frage bleibt aber offen im deuxième rapport du CG, 16

26) Diese Gefahr wurde während des Kolloquiums in Brüssel durchaus erkannt.

27) Vgl. *Wiebringhaus*, Rapport introductif sur la charte sociale, Colloque, 32

Eine negative Haltung zur Ratifikation der ESCH, die z.B. aus momentanen Unmutsäusserungen über die Rechtsprechung Strassburgs im Rahmen der EMRK entstehen könnte,[28] würde den fundamentalen Charakter der in Art. 5 und 6 der ESCH statuierten Grundrechte übersehen.[29] Sie wäre zudem angesichts der Ratifizierung des weitgehend inhaltlich parallel laufenden Abkommens 87 der ILO in sich widersprüchlich. Gleichzeitig wäre die Chance vergeben, vom Sachverständigenausschuss der ILO noch undeutlich angesprochene Teilbereiche des Arbeitskampfrechts, wie z.B. die Aussperrung, zu einem präzisen Bestandteil des innerstaatlichen Rechts zu machen.[30] Dabei kommt der Konkretisierung des Arbeitskampfrechts durch die internationalen Kontrollorgane schon deshalb Bedeutung zu, weil die innerstaatliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts bis heute in den meisten europäischen Ländern auf bedeutende politische Widerstände gestossen ist.[31]

10.2. Ausdrückliche Aufnahme eines Rechtes auf Arbeitskampf in eine zukünftige schweizerische Verfassung?

10.2.1. Unsicherheiten in den gegenwärtigen Bestrebungen zur Totalrevision der Bundesverfassung

Im Hinblick auf die Neuordnung der arbeits- und wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung stellte sich schon der „Kommission Wahlen" das Problem, ob in einem möglichen Katalog von Sozialrechten auch das Streikrecht Auf-

28) So z.B. ein Beitrag der NZZ vom 9./10. 4. 1977, Nr. 83, in welchem die Problematik der ESCH unzulässigerweise mit derjenigen der EMRK (trotz unterschiedlicher Rechtsschutzmechanismen) vermischt wird.

29) Zur menschenrechtlichen Bedeutung dieser Grundrechte vgl. *Zanetti,* Conclusions IV, 135 ff. und *Valticos,* Die internationale Arbeitsorganisation, 3 ff., 13 f.

30) Eine positive Haltung zur ESCH spiegelt sich auch in der Auffassung der Kommission *Wahlen* wieder, Schlussbericht, 190 und *Wahlen,* in ZSR Bd. 92, 1973, 231

31) Vgl. s.u. S. 330 ff.

nahme in die Verfassung finden sollte.[32] Die Vernehmlassung der Verbände, Universitäten und Kantone förderte in dieser Frage nur äusserst spärliche Ergebnisse zutage und liess jedenfalls kein deutliches Bedürfnis für eine solche Bestimmung erkennen.[33] Im zusammenfassenden Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung wurde denn auch die Statuierung eines Streikrechts ohne nähere Begründung abgelehnt.[34] In den Arbeitspapieren von 1974 der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung wurden jedoch auch gegenteilige Vorschläge laut.[35] So sollte z.B. nach der einen Lösungsvariante ein „Recht auf gemeinsame Arbeitsniederlegung zur Erreichung besserer Arbeitsbedingungen in den Betrieben" den Arbeitnehmern unter dem Vorbehalt der Gesamtarbeitsverträge gewährleistet sein; dagegen sollten der Beamtenstreik und der Streik in gemeinwichtigen Betrieben ausgeschlossen sein. Aber selbst diese Auffassung war nicht einheitlich, wie die im Arbeitspapier 3 von *Aubert* formulierte „Kurzverfassung" beweist.[36] In den weiteren Beratungen der Subkommission I, welche sich mit Fragen einer neuen Konzeption der schweizerischen Wirtschafts- und Sozialverfassung befasste, wurde die Frage einer ausdrücklichen Statuierung des Streikrechts in der Verfassung vorläufig noch offengelassen,[37] dann aber (zunächst) negativ beantwortet.[38]
Der Schlussbericht der Expertenkommission für die Vorbereitung ei-

32) Schlussbericht, 143 f. 205 ff.; die verfassungsrechtliche Fragestellung ist durch die Zustimmung zur ESCH nicht schon a priori ausgeschlossen, Schlussbericht, 190 f. und *Favre*, in ZSR 87, I, 1968, 466

33) Im Vernehmlassungsverfahren bejahten von den Kantonen einzig Solothurn (Bd. I der Arbeitsgruppe, 468 ff.) und von den Parteien allein die Sozialdemokraten (Bd. II, 185) die ausdrückliche Aufnahme eines Streikrechts in die Verfassung; bei den Verbänden ging der CNG schon von einem bestehenden ungeschriebenen Streikrecht aus (Bd. IV, 117).

34) Schlussbericht, 206 f.

35) Vgl. die Arbeitspapiere der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, I, 31, 37, 117

36) Arbeitspapiere ebd., 140 ff.

37) NZZ v. 15. 8. 1975, N 187

38) NZZ v. 28. 12. 1967 (Normen für eine neue Wirtschaftsverfassung) N 304

ner Totalrevision der Bundesverfassung sieht nun allerdings, in Art. 28 Abs. 3 ein Recht auf kollektive Kampfmassnahmen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber vor.[39]

Auch die verschiedenen kantonalen Verfassungsrevisionsbestrebungen bringen hier keine grundsätzlich andere Wertung dieser Streitfrage. Allein der Vorentwurf für eine Verfassung des neuen Kantons Jura möchte das Streikrecht in den Grenzen der Gesamtarbeitsverträge gewährleistet wissen.[40] Zur genaueren Analyse der verfassungsrechtlichen Problematik des Streik- und Aussperrungsrechts soll im Folgenden zunächst auf die deutsche Rechtslage näher eingetreten werden.

10.2.2. Die Zurückhaltung des Verfassungsgebers und der Verfassungsrechtsprechung in Deutschland bei der Anerkennung eines Streikrechts

Die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG zeigt deutlich, dass der Parlamentarische Rat in bewusster Abkehr von dem unter der Weimarer Verfassung geltenden Rechtszustand die „Berechtigung zur gemeinschaftlichen Arbeitsniederlegung" grundsätzlich anerkannt hat und auch ausdrücklich im Grundgesetz garantiert haben wollte.[41] In den einzelnen Ausschussdebatten vermochte aber der Vorschlag auf ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts deshalb nicht durchzudringen, weil vor allem über die Behandlung des politischen Streiks und des hiermit eng verbundenen Problems des Beamtenstreiks keine Einigung erreicht werden konnte.[42] Nicht an der grundsätzlichen Anerkennung des Streiks, sondern an der Uneinigkeit über die Reichweite dieser Garantie scheiterte die ausdrückliche verfassungsrecht-

39) Vgl. Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, 67 f.
40) Zum Verfassungsentwurf der Jura-Konstituante vgl. „Der Bund" v. 29.8.1976, N 201, 17.
41) Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Ruthers*, Streik und Verfassung, 22 ff. und neuestens *Raiser*, Aussperrung, 22 ff.
42) *Raiser* a.a.O., 25

liche Anerkennung. Angesichts der Diskussionen über den politischen und den Beamtenstreik, aber auch über den gewerkschaftlichen und nichtgewerkschaftlichen Streik fürchtete man in eine Kasuistik hineinzugeraten, welche der Verfassung als staatlicher Rahmenordnung nicht angemessen wäre.

Das Mitglied des Parlamentarischen Rates, *Carlo Schmid,*[43] kennzeichnete die Situation rückblickend folgendermassen:

> „Diesen Versuchen (verfassungsrechtlich zu umschreiben, was das Streikrecht bedeute und wofür man streiken dürfe) habe ich mich von Anfang auf das Heftigste widersetzt, weil ich der Meinung bin, alles, was der Staat in diesem Bereich tun kann, ist eine Ordnung zu schaffen, die es ermöglicht, dass die sozialen Realitäten nach dem Gesetz ihrer Sinneskraft und ihres Gewichts ihren jeweils richtigen Ort suchen und finden können. ... Wenn man versuchen wollte, durch Gesetze Bedingungen festzulegen, die oberhalb oder unterhalb der Realität liegen, dann würde das Gesetz Gefahr laufen blosse Fiktion zu bleiben".[44]

Diese Haltung des deutschen Verfassungsgebers – zu erwähnen ist hier auch die Parallelentwicklung im luxemburgischen Verfassungsrecht[45] – vermag wichtige Gesichtspunkte und Richtlinien für die Verfassungsgebung im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung offenzulegen:

Zunächst kann hinter der zurückhaltenden Stellungnahme des deutschen Verfassungsgebers zu den arbeitsrechtlichen Kampfinstrumenten eine Haltung stehen, welche es als Widerspruch zum Sinngehalt der Verfassung empfinden würde, wenn politisch noch offene Fragen im Bereiche der Sozialpolitik verfassungsrechtlich vorweggenommen

43) *Carlo Schmid*, in „Soziale Autonomie und Staat", 1951, 27, 34 f. (zit. nach *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 36)

44) Wie noch zu zeigen sein wird, haben diese Erwägungen auch heute noch kaum an Präzision und Aktualität eingebüsst.

45) Vgl. den Gesetzesentwurf betreffend die Regelung des Streiks im öffentlichen Dienst v. 25. 9. 1973 (N 1726, Chambre des Députés, 1 ff.)

würden. Die verfassungsrechtliche Festlegung dieses Rechts könnte angesichts des Wandels der sozialen Wirklichkeit als Überanstrengung der Verfassung empfunden worden sein. Hierauf ist noch einzugehen, zuvor soll aber die Entwicklung der deutschen Verfassungsgebung und der Verfassungsrechtsprechung im Hinblick auf die mögliche Anerkennung eines Arbeitskampfinstrumentariums weiterverfolgt werden.

Die Betrachtung zeigt deutlich, mit welcher Vorsicht und Behutsamkeit die Frage nach der verfassungsrechtlichen Anerkennung eines Streikrechts beantwortet wurde, ohne dass die Verfassung selbst als Anknüpfungspunkt für eine arbeitskampfrechtliche Ordnung preisgegeben wurde.

Die Entstehungsgeschichte des am 24. 6. 1968 durch die Notstandsgesetzgebung in die Verfassung eingefügten Art. 9 Abs. 3, Satz 3 sowie die in Deutschland vorherrschende Meinung[46] zeigen dass der Verfassungsgeber keine neue, konstitutive Entscheidung, die am bisherigen Rechtszustand des Streikrechts etwas geändert hätte, treffen wollte. Allerdings fand der Begriff Arbeitskampf in der Neufassung des Art. 9 ausdrücklich Erwähnung, was als Hinweis auf die enge Relation von Koalitions- und Streikrecht interpretiert wurde. Die h.L. in Deutschland fand sich damit in der Ansicht bestätigt, dass das Streikrecht als stillschweigendes Korrelat zur Koalitionsfreiheit, als sog. Konnexinstitut, sich schon heute auf die Verfassung berufen kann.[47]

46) *Maunz/Düring*, Kommentar zum GG, Rdn. 136 ad Art. 9 GG; *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 38; *Raiser*, Aussperrung, 25 ff. und besonders ausführlich *Schmid*, Arbeitskampf und Notstand aus der Sicht des Art. 9 Abs. 3, S. 3 GG, Berlin 1972 und *Gluckert*, Die Arbeitskampfschutzklausel des Art. 9 Abs. 3, S. 3 GG, Berlin 1973; auch das BVerfG lässt diese Frage offen, NJW 1975, 968; vgl. zusammenfassend mit weiteren Nachweisen auch *Seiter*, Streikrecht, 69 ff.

47) *Seiter*, Streikrecht, 75: „Der Grundgesetzgeber sah keine Bedenken, die notstandsrechtliche Privilegierung nur den von Verbänden geführten Arbeitskämpfen zukommen zu lassen".

Die Zurückhaltung des deutschen Verfassungsgesetzgebers findet ihre notwendige Entsprechung auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Dieses Gericht hat in seiner Rechtsprechung zwar mehrere Male auf die innige Beziehung von Arbeitskampf und Tarifvertrag hingewiesen, jedoch die letzte Konsequenz, das Streik- und Aussperrungsrecht ausdrücklich in Art. 9 Abs. 3 GG anzusiedeln, nicht gezogen.[48] Zuletzt heisst es im Beschluss vom 19. 2. 1975 zur Frage der Verfassungsmässigkeit der lösenden Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern:

> „Es bedarf keines Eingehens auf die Frage, wie der Arbeitskampf im allgemeinen und die Aussperrung im Besonderen verfassungsrechtlich zu beurteilen sind. .. Es kann (auch) unerörtert bleiben, ob die Ergänzung des Art. 9 Abs. 3 lediglich deklaratorisch feststellt, was bereits früher galt, oder ob es sich um eine konstitutive Verfassungsänderung handelt".[49]

Diese Aussagen können m. E. nur so interpretiert werden, dass auch der Verfassungsrichter die Flexibilität der Verfassung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich wahren und der sozialen Entwicklung des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht ohne Not verfassungsrechtliche Fesseln anlegen wollte.

48) BVerfG NJW 1975, 968; andererseits hat aber das Gericht den Arbeitskampf auch nicht dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG entzogen, was nahegelegen hätte, wenn es dieser Meinung gewesen wäre, vgl. *Raiser*, Aussperrung, 52

49) Dem entspricht die Auffassung des BVerfG, dass die Verfassung im Bereich des Koalitionswesens dem historischen Wandel und der sozialen Neuordnung prinzipiell offen gegenüber steht.

10.2.3. Das Spannungsverhältnis zwischen einer auf Dauerhaftigkeit und Grundsätzlichkeit ausgerichteten Verfassung und der Dynamik sozialer Ansprüche

Die Verfassung als politische Grundordnung eines Staates ist notwendig auf die Dauerhaftigkeit ihrer Ordnung ausgerichtet. Das jeder rechtlichen Ordnung zugrundeliegende Bestreben „die Sozialordnung zu stabilisieren",[50] kann dabei aber in ein Spannungsverhältnis geraten zur Dynamik des sozialen und politischen Lebens.

Ausgehend von einem „materiellen" Verfassungsverständnis,[51] welches die Sinngebung der Verfassung und die Ermittlung der tatsächlichen Durchsetzungschance einer Verfassungsnorm im dialektischen Bezug zur gesamten Rechtsordnung und zur sozialen Wirklichkeit herauszuarbeiten sucht, ergibt sich für den Verfassungsgeber folgende Konfliktsituation: Ein Verfassungsgeber kann nicht absehen von den sozialen Bedingungen, dem politischen Bewusstsein, den realen Bedürfnislagen und der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung, wenn Verfassung als zukunftsgestaltendes Modell wirken und nicht wegen der entstehenden Kluft zwischen Recht und Wirklichkeit leerlaufen soll. Verfassung müsste notwendig an normativer Steuerungskraft und Legitimität verlieren, wollte sie wichtige Sozialbereiche aussparen und würde sie von den sozialen Nöten Einzelner oder von Gruppen keine Notiz nehmen.[52] Andererseits müsste die Verfassung auch dann an Normativität einbüssen, wenn sie allein die „Normalität", die soziale Wirklichkeit, wiederzugeben versucht, ohne das Prinzip der Grundsätzlichkeit und Dauerhaftigkeit der Verfassungsgebung genügend zu beachten.[53] Wollte eine Verfassung die politisch noch

50) *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 77; *Häfelin*, Verfassungsgebung, 111; Schlussbericht, 34 und *Müller*, Soziale Grundrechte, 740 ff.

51) Vgl. *Heller*, Staatslehre, Leiden 1970, 259 ff., 274 f. und ihm folgend *Müller*, Soziale Grundrechte, 735 ff.; *F. Müller*, Normstruktur und Normativität – Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, Berlin 1966 und *Hesse*, Grundzüge 19 f.

52) *Müller*, Soziale Grundrechte, 732 f. und 747

53) *Müller*, a.a.O., 739/740; zu diesem Widerspruch zwischen der Dynamik des sozialen Lebens und der auf Dauer ausgerichteten Starrheit der Verfassung vgl. auch *Benz*, die Kodifikation der Sozialrechte, 196 ff., 198.

offene und stetiger Veränderung unterliegende soziale Entwicklung „festschreiben", in der Absicht ein vollständiges, normativ geschlossenes Ordnungssystem zu errichten, wäre der Verlust der „Führungsrolle, die der Verfassung im politischen Leben zukommen soll"[54] die notwendige Folge. Der Verfassungsgeber könnte sich nun zwar zur Neutralität gegenüber den gesellschaftlichen Verhältnissen bekennen und auf jede engagierte Ordnungsentscheidung verzichten. Eine solche Lösung des Spannungsverhältnisses würde aber die Aufgabe der Verfassung, zugleich zukunftsgerichtete Rahmenordnung einer sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung bilden zu können, vernachlässigen.

Die Gefahr einer frühzeitigen verfassungsrechtlichen Festlegung einer gesellschaftspolitischen Entwicklung, welche die Wirtschafts- und Sozialordnung zu sehr einengen müsste, wurde schon früh in der deutschen Literatur zum Problem der ordnungspolitischen Neutralität der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung des deutschen Grundgesetzes erkannt.[55] In der Schweiz einigte sich die Doktrin auf die an der praktischen Wirtschaftspolitik orientierte Kennzeichnung der Wirtschaftsverfassung als marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschaftsordnung. Diese die Leitlinien der schweizerischen Wirtschaftsordnung umschreibende Maxime lässt gleichzeitig genügend Raum für die Ausgestaltung der zu ihrer Verwirklichung dienenden Instrumente.[56]

In welcher Weise könnte nun das aufgezeigte Spannungsverhältnis im Bereiche der Arbeitsverfassung gelöst werden? Zunächst wird auch

54) *Müller* a.a.O., 741; zur Gefahr der Verfestigung des Status Quo, 740 f.

55) Vgl. *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 154 ff., 165 ff.; zu dieser Diskussion vgl. ausführlich *Zacher*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in „Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung" (FS *F. Böhm*), Karlsruhe 1965, 77 ff. und *Kriele*, Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1974, 105 ff.

56) Vgl. s.o. S. 99 ff; nach dem Willen der Expertenkommission soll denn auch in einer künftigen BV nur die ordnungspolitische Verpflichtung, eine sozialverpflichtete und marktorientierte Wirtschaftsordnung anzustreben, den Rahmen staatlicher Wirtschaftspolitik abstecken. Die Auswahl der Instrumente zur Verfolgung dieses Zieles bleibt grundsätzlich offen, vgl. NZZ v. 28. 12. 1976, 19.

der künftige schweizerische Verfassungsgeber, der die Beachtung der geschichtlich gewachsenen Strukturen ernst nimmt, davon ausgehen müssen, dass die Tarifautonomie und damit die Verbesserung der Arbeitsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge eine entscheidende Rolle in der schweizerischen Arbeitsverfassung und im sozialen Leben spielen. Die den Verbänden übertragene Tarifautonomie ist von überragender Bedeutung für das Funktionieren einer nicht zentralgesteuerten Wirtschaft[57] und steht in engstem Zusammenhang mit einem marktorienierten und sozialverpflichteten Verständnis der Wirtschaftsverfassung.[58] Die absehbare ökonomische und soziale Entwicklung zeigt, dass auch der künftige Verfassungsgeber an diesem tradierten Leitgrundsatz nicht vorbeigehen kann.[59] Der Niederschlag dieser sozialen Entwicklung im kollektiven Arbeitsrecht bildet Entscheidungskriterium des Verfassungsgebers.[60] Da sich der Staat im Bereiche der Tarifautonomie bewusst und in bestimmter funktioneller Zielsetzung seiner Rechtsmacht begibt und einen Bereich freiheitlicher Verwirklichung sozialer Ansprüche ausscheidet, kann es dem Staate nicht gleichgültig sein, zu wessen Gunsten er in seiner Macht zurücktritt. Verfassungsrecht als machtgewährendes wie auch machtbeschränkendes Recht darf nicht auf Leitlinien für die Arbeitsverfassung verzichten.

Diese Leitidee der schweizerischen Arbeitsverfassung könnte in Klar-

57) *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung, 34 ff., spricht von der „Dezentralität" als entscheidendem Ordnungstatbestand einer offenen Wirtschaftsverfassung.

58) Die Koalitionsfreiheit als Grundlage der Arbeitsverfassung ist gerade Ausdruck einer dezentralen Verfassungsordnung, *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung, 39 und ders., Koalitionsfreiheit, 156 f.

59) Schlussbericht, 144 und NZZ vom 28. 12. 1976; Amtl. Bulletin, NR 1974, 1360. Zu dieser methodischen Betrachtungsweise des Verfassungsgebers vgl. *Saladin*, Die Kunst der Verfassungserneuerung, 287 und *Eichenberger*, Richtpunkte einer Verfassungsrevision, ZSR 87, I, 1968, 452 f., der insbesondere auf die gegenwartsbezogenen und historischen Grundlagen jeder Verfassungsrevision hinweist. Die Expertenkommission, Bericht S. 66 f. hat die Regelung der „kollektiven Arbeitsbeziehungen" (Art. 28 Entwurf) in den Mittelpunkt einer formellen schweizerischen Arbeitsverfassung gestellt. Diese lehnt sich deutlich an Art. 34 Abs. 1 lit. b BV an.

60) Auch die unterverfassungsrechtliche Normenordnung spielt eine wesentliche Rolle für die Sinngebung der Verfassung; vgl. *Müller*, Soziale Grundrechte, 739 und Schlussbericht, 22

stellung der schon heute anerkannten Rechtssituation durch die Anerkennung der Koalitionsfreiheit und der mit ihr implicit gewährleisteten Arbeitskampffreiheit Ausdruck finden.

Im Gegensatz zu den Sozialrechten, die auf eine Leistung des Staates gerichtet sind, würden sich bei der Realisierung der Koalitions- und Arbeitskampffreiheit als Verfahrensrecht auch die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Staates[61] und die mangelnde Justiziabilität nicht negativ auswirken. Koalitions-, Streik- und Aussperrungsrecht könnten als verfahrensrechtliche Verwirklichung eines materiell nicht zu umschreibenden Anspruchs auf gerechte Arbeitsbedingungen und ein angemessenes Arbeitsentgelt angesehen werden.[62] Die grundsätzliche Anerkennung des Koalitionsverfahrens, bestimmt durch Koalitionseinigung und -auseinandersetzung,[63] liesse sich auch in die übrige, noch weitgehend inhaltlich „offene" Wirtschaftsverfassung einfügen.[64]

Diese Ausführungen sprechen aber nicht schon für eine ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts in der Verfassung ausserhalb eines Systems des kollektiven Arbeitsrechts. Verschiedene Gründe müssten gegen eine solche Statuierung sprechen: Die Bestimmung von Inhalt und Grenzen des Streikrechts müsste zunächst einmal zu einer Kasuistik auf Verfassungsstufe führen, welche dem Anspruch der Verfassung auf Grundsätzlichkeit[65] widerspricht. Eine solche Garantie würde die Liste der kaum erwünschten Detailregelungen in der schweizerischen Verfassung nur noch verlängern.[66] Eine Verfassung, die

61) Zu dieser „Relativität" der Leistungsrechte vgl. *Benz*, Kodifikation der Sozialrechte, 152 ff., 175 ff.

62) *Müller*, Soziale Grundrechte, 921 ff. und *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat sehen gerade in der verfahrensrechtlichen Teilhabe der Betroffenen eine echte Alternative zu verfassungsrechtlich nicht statuierbaren Leistungsrechten.

63) So die Terminologie von *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 258 ff.

64) Diese Regelung hätte auch den Vorteil, dass sie die Kontinuität der Verfassungsentwicklung wahren würde; vgl. zu diesem Gedanken: *Eichenberger*, Systemwahrende Kontinuität in Verfassungsänderungen, in FS *Gruner*, Bern 1975, 195 ff.

65) *Häfelin*, Verfassungsgebung, 108 f.

66) Ebenfalls *Häfelin*, ebd. 110

sich im Bereich der Wirtschafts- und Arbeitsordnung auf Grundsatzfragen und Rahmenordnungen beschränkt, muss die Konkretisierung dieser Sozialrechte der flexibleren Regelung auf unterverfassungsrechtlicher Ebene überlassen.[67] Von der tatsächlichen, politischen Realisierbarkeit einer gesetzlichen oder richterrechtlichen Regelung wird es aber abhängen,[68] ob Verfassung nicht toter Buchstabe bleibt,[69] sondern eine effektive Durchsetzungschance haben wird.

Ein als subjektiv-öffentlicher und privater Anspruch ausdrücklich für *alle* Arbeitnehmer gewährtes Streikrecht müsste zudem Hoffnungen erwecken, welche ein Streikrecht in den Leitlinien der schweizerischen Arbeitsverfassung nicht erfüllen kann.[70] Die in dieser Arbeit an ein Streikrecht gestellten Anforderungen werden, wie die deutsche Praxis beweist, durchaus durch ein in der Koalitionsfreiheit enthaltenes Streikrecht erfüllt. Nicht zu verkennen ist auch, dass das gegenwärtig in der Schweiz mit politischem Konfliktstoff angefüllte Thema des Beamtenstreiks in Anbetracht der Unsicherheiten im internationalen Konventionsrecht eine ausdrückliche Regelung ausserordentlich erschweren müsste.

Praktische Folgerungen hat der Verfassungsgeber aber nicht nur aus dem Prinzip der Grundsätzlichkeit, sondern auch der Dauerhaftigkeit der Verfassung zu ziehen. Das dem wirtschaftlichen und sozialen Problemkreis angehörende Streikrecht steht nämlich in engem Bezug zu den sich wandelnden tatsächlichen Verhältnissen. Das reale Bedürf-

67) *Huber*, Formenreichtum der Verfassung, ZbJV 107 (1971), 176 und *Huber/Eichenberger*, Schlussbericht, 22, sowie *Reuter*, Arbeitskampfrecht, 524

68) Gerade die einzig mögliche Sanktion gegenüber einem untätigen Gesetzgeber, der den verfassungsrechtlichen Auftrag nicht erfüllt, läge nicht in einer rechtlichen, sondern allein in einer politischen Kontrolle, vgl. *Benz*, Kodifikation, 202 ff., 204 f.

69) Hierfür ist die fehlende gesetzliche Konkretisierung der verfassungsrechtlich gesicherten Streikrechte in Italien und Frankreich ein Beispiel.

70) Aus dieser Sicht ist das ausdrücklich garantierte Streikrecht in Art. 28 Abs. 3 des Verfassungsentwurfs mit Vorbehalten zu versehen. Die geltende und im Entwurf neuformulierte schweizerische Arbeitsverfassung setzt nämlich deutlich Rahmenbedingungen für einen gewerkschaftlich organisierten Streik; auch lassen sich für die Ausgestaltung eines Streikrechts für Nichtorganisierte nicht genügend Hinweise für eine tendenziell funktionsfähige Sicherung des Arbeitsfriedens erkennen.

nis als Voraussetzung jeder Verfassungsänderung[71] kann entsprechend dem Wandel der sozialen Rahmenbedingungen und des institutionellen Gefüges der kollektiven Arbeitsbeziehungen abnehmen. Als eines der wichtigsten gesellschaftspolitischen Ereignisse der letzten Jahre hat gerade die gewerkschaftliche Forderung nach erweiterter Mitbestimmung im sozialen und unternehmerischen Bereich und anderen Teilhabeformen zur Betonung der Kooperationsbereitschaft beigetragen; allein der Konfrontationsstrategie wurde keine völlige Absage erteilt.[72] Eine konkrete inhaltliche Gewichtung zwischen den Einigungsmechanismen Arbeitskampf und Mitbestimmung nach der tatsächlichen Bedeutung für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer heute schon auf Verfassungsebene vornehmen zu wollen, wäre utopisch; die Verfassung muss es in der Regelung der wirtschaftlichen Zusammenhänge bei generellen Leitlinien, wie z.B. der Statuierung der Koalitionsfreiheit und einer gesellschaftsrechtlichen Kompetenz für die Organisation von Unternehmen bewenden lassen; in der Prognostizierung der künftigen Entwicklung wäre der Verfassungsgeber überfordert.[73]

Nichtsdestoweniger vermag die verfassungsrechtliche Anerkennung der Tarifautonomie auch richtungweisend für die zukünftige soziale Entwicklung zu sein. Äusserste verfassungsrechtliche Grenzen könnten sich dort ergeben, wo die Forderung nach paritätischer Mitbestimmung in unternehmensleitenden Fragen nicht nur eine Gewichtsverlagerung zwischen herkömmlichen, unternehmensexternen und neuen, unternehmensinternen Konfliktlösungsmöglichkeiten einleiten will, sondern überhaupt auf die Abdankung der Tarifautonomie zielt. Diese Frage fand vor allem in Deutschland angesichts der Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der paritätischen Mitbestim-

71) *Müller*, Soziale Grundrechte, 741 ff.
72) *Hardmeier*, Gewerkschaften, 116: „Die Gewerkschaft würde ihr Wesen verleugnen, wollte sie ausschliesslich dem Partnerschaftsgedanken und der Fiktion einer Interessenidentität zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern huldigen".
73) So im Ergebis auch *Strasser/Reischauer*, Arbeitskampf, 86

mung besondere Beachtung;[74] die Mitbestimmungsinitiative des schweizerischen Gewerkschaftsbundes liess das Problem auch in der Schweiz aktueller werden.[75]

Wissenschaftlich gesicherte Anzeichen für ein mögliches Verständnis des Streikrechts als bloss „relative" Garantie[76] welche nur solange verfassungsrechtliche Anerkennung als „funktionstypische" Gewährleistung geniessen könnte, als nicht andere funktionsfähige[77] Einigungsmechanismen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ihren Platz einnehmen, sind jedenfalls nicht hinreichend deutlich zu erkennen.[78] Marktorientierte Wirtschaftsordnung trägt den Interessen-

74) Aus der fast unübersehbar gewordenen Literatur vgl. *Pernthaler*, Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht, Berlin 1972; *Schwerdtfeger*, Unternehmerische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1972; *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und GG, Berlin 1974, 102 ff. 117 ff.; *Raiser*, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, Berlin 1975, 79 ff. und die Gegenüberstellung der verschiedenen Meinungen bei *Raisch*, Mitbestimmung und Koalitionsfreiheit, Stuttgart 1975, unter Berücksichtigung des Verfassungshearings v. 19. 12. 1974: die überwiegende Auffassung, dass die paritätische Mitbestimmung mit der Koalitionsverfassung nicht im Einklang steht, hat zu einer wesentlichen Modifizierung des heute geltenden Mitbestimmungsgesetzes geführt.

75) Vgl. zur ähnlichen Diskussion um die Vereinbarkeit der paritätischen Mitbestimmung in der Schweiz mit der Koalitionsfreiheit *Huber*, Unbestimmte Mitbestimmung N 22 u. 3. 2. 1974 und *Stauffacher*, Mitbestimmung im Verwaltungsrat der AG, 171 ff. und ders., Gefährdet Mitbestimmung den Arbeitsfrieden? Vgl. auch *Zanetti*, Mitbestimmung, 14. Eine verfassungsrechtliche Vereinbarkeit paritätischer Mitbestimmung mit dem bestehenden Koalitionsverfahren wurde abgelehnt; vgl. zur Betonung der Bedeutung der Kollektivverträge Sten. Bulletin, NR, 1974, 1360

76) Zu dieser Unterscheidung *Scholz*, Koalitionsfreiheit, 148 f., 222 ff., 250 f. und *Seiter*, Streikrecht, 123 ff.

77) Die Funktionsfähigkeit eines prinzipiell gesicherten Koalitionsverfahrens, wenn auch nur im Sinne einer Teilhabe der Koalitionen an der paritätischen Mitbestimmung als „Kompensation" für den Freiheitsverlust betonen *Scholz*, DB 1972, 1779 und *Seiter*, a.a.O. 125

78) Gerade der Vorschlag von *Scholz* Paritätische Mitbestimmung, 117 ff., 110 ff., das Koalitionsverfahren durch Teilhabe der Koalitionen an der unternehmerischen Mitbestimmung in die neue Ordnung zu integrieren, hat weder das schwierige Problem des Einigungsverfahrens auf dieser Ebene berührt, noch sich mit dem Machtproblem der Beteiligung der Gewerkschaften an der Unternehmensführung beschäftigt. Zudem sind Streiks bei eingeführter paritätischer Mibestimmung keineswegs undenkbar, vgl. *Hanau*, Lösungsmöglichkeiten mitbestimmungsbedingter Interessenkonflikte, RdA 1975, 23 ff. Auch könnte die gegenwärtige Bewertung des Arbeitskampfes, insbesondere der wilden Streiks, welche unter paritätischer Mitbestimmung noch vermehrt aus dem Interessenkonflikt von gewerkschaftlicher Führung und der Basis erwachsen können, nicht aufrechterhalten werden. Zu dieser möglichen Perspektive *Seiter*, Kodifizierung des Arbeitskampfrechts, 1369 ff., 1375 und *Badura*, Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit, in RdA 1976, 275 ff., 281

gegensatz zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bei aller Berücksichtigung der Sozialpflichtigkeit ebenso in sich, wie die paritätische Mitbestimmung industrielle Herrschaft und Konflikt nicht auszuschalten vermag.[79]

Endlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass die zukünftige Bedeutung der staatlich geförderten Mitbestimmung für die Bewahrung eines vertrauensvollen sozialen Klimas, sowie auch die künftige Einstellung der Sozialpartner zu den bisher gerade im „Friedensabkommen" dominierenden freiwilligen Schlichtungsverfahren kaum abgeschätzt werden kann. Ob die in der Rezessionsphase 1975/76 offenbargewordene Verschlechterung der Beziehungen zwischen Arbeitgebern, Arbeitnehmern und ihren Verbänden anhält, bleibt abzuwarten. Auch hiervon wird abhängig sein, ob eine ausdrückliche Streikgarantie in Zukunft von einem brennenden sozialen Bedürfnis getragen sein kann.

10.2.4. Schlussfolgerungen

Die verfassungsrechtliche Anerkennung des Arbeitskampfes als Konnexinstitut zur Koalitionsfreiheit vermag einer funktionsgerechten Einordnung dieses Instituts in die schweizerische Wirtschafts- und Arbeitsverfassung zu genügen. Sie würde auch nicht der Anforderung der ESCH, gewerkschaftsunabhängige Kampfmassnahmen der Arbeitnehmer zuzulassen, widersprechen. Denn ein Verbot jeglicher Druckausübung, auch durch Kampfkündigung, für die nichtorganisierten Arbeitnehmer würde mit der Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit[80] kollidieren. Mit Rücksicht auf die negative Koalitionsfreiheit dürfen die nichtorganisierten Arbeitnehmer sicherlich nicht derjenigen Rechte beraubt werden, die im Rahmen des allgemeinen Zivil-

79) *Dahrendorf*, Zu einer Theorie des sozialen Konflikts, in Hamburger Jahrbücher, 3, 1958, 76 ff. und *Coser*, Theorie sozialer Konflikte, Neuwied/Berlin 1965 sowie *Zöllner*, Unternehmerische Mitbestimmung und Einzelarbeitsverhältnis, in FS *Fechner*, Tübingen 1973, 158

80) So *Däubler/Mayer-Maly*, Negative Koalitionsfreiheit? Tübingen 1971, 24, Fn 60; ebenso *Seiter*, Streikrecht, 391 f.

und Arbeitsrechts jedermann zustehen.

Dem Problem der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Statuierung eines subjektiv-öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Anspruchs kann schon deshalb nicht vorrangige Bedeutung zukommen, weil das internationale Konventionsrecht sowohl der ESCH wie auch des Abkommens 87 der ILO genügend Chancen gibt zur effektiven gleichwertigen Durchsetzung des Streikrechts.[81] Effektive „Geltung" vermag das Streikrecht aus dem Grunde im nationalen Recht zu begründen, weil es geeignet ist, unmittelbar anspruchsbegründend (self-executing) zu wirken.[82] Die Praxis der internationalen Kontrollorgane, die im Rahmen der im Abkommen 87 und der ESCH statuierten Untersuchungs- und Berichtsverfahren stattfindet, vermag sowohl als konkretisierender Massstab nationaler Gesetzgebung und Rechtsprechung zu dienen, als auch einen weitgehend faktisch wirksamen internationalen Sicherungsmechanismus der Sozialrechte bereitzustellen. Wenn auch das internationale Kontrollverfahren der ESCH und der ILO mit dem Rechtsschutzsystem der EMRK nicht verglichen werden kann, so hat doch z.B. die ILO das verfahrensrechtliche Sicherungs- und Kontrollsystem in Hinblick auf die Einhaltung der „droits syndicaux" immer stärker ausgebaut:[83] Neben dem auf der Berichterstattung beruhenden Kontrollsystem sieht die Verfassung der ILO auch Verfahren vor, die durch die Erhebung von Beschwerden eingeleitet werden. Zu nennen sind einmal die Beschwerden, die ein Berufsverband von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern einreichen kann, sodann Klagen, die ein Mitgliedstaat gegen einen anderen Mitgliedstaat wegen Nichtdurchführung eines von beiden Teilen ratifizierten

81) *Müller*, Soziale Grundrechte, 942 ff. betont die Bedeutung des internationalen Konventionsrechts für den Schutz der Sozialrechte.

82) Im Hinblick auf das in der ESCH gewährte Streikrecht vgl. die Stellungnahme s.o. S. 138 ff. und *Zanetti*, colloque 97; im Unterschied zur ESCH ist der self-executing-Charakter der durch das Abkommen 87 der ILO garantierten Vereinigungsfreiheit unbestritten, vgl. *Valticos*, Die internationale Arbeitsorganisation, 16 und ders., Mise en parallèle, colloque 263

83) Vgl. *Valticos*, Die internationale Arbeitsorganisation, 28 ff. und ders., Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale, 77 ff.; eine kurze Übersicht bietet auch *Müller*, Soziale Grundrechte, 956 ff.

Abkommens anstrengt.[84] Diese allgemeinen Verfahren werden in Sachen der Koalitionsfreiheit durch besondere Ermittlungs- und Schlichtungsorgane, wie den Ausschuss für die Vereinigungsfreiheit und den Untersuchungs- und Schlichtungsausschuss ergänzt.[85] So hat sich der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit immer mehr von einem ursprünglichen Vorprüfungsorgan für Klagen zu einem Organ für materielle Beschwerdeprüfung fortentwickelt und eine umfangreiche Spruchpraxis aufgebaut.[86] In letzter Instanz hat über Klagen wegen Verletzung der Koalitionsfreiheit der Untersuchungs- und Schlichtungsausschuss zu befinden.[87]

Die parallellaufenden Kontrollverfahren der ESCH und der ILO können in ihrer Anpassungsfähigkeit an neue Entwicklungen der nationalen Gesetzgebung entscheidende Impulse verleihen oder zumindest angesichts der politischen Realisierungsschwierigkeiten einer Koalitions- und Arbeitskampfgesetzgebung für die richterrechtliche Rechtsfortbildung wegweisend wirken. Auf die der innerstaatlichen Konkretisierung des Arbeitskampfrechts aus dem „politischen Charakter" dieses Rechts entstehenden Schwierigkeiten ist im Folgenden aber noch näher einzugehen.

10.3. Der politische Charakter des Arbeitskampfrechts als Hindernis für die unterverfassungsrechtliche Realisierbarkeit?

Dem rechtsvergleichenden Betrachter muss auffallen, dass der Gesetzgeber in keinem der westeuropäischen Staaten, selbst dort nicht, wo wie in Frankreich und Italien eine ausdrückliche verfassungsrecht-

84) *Valticos*, Die internationale Arbeitsorganisation, 26 f.
85) Ders., 28 ff., mit weiteren Hinweisen
86) Der nicht zu übersehende Erfolg, der von den juristisch die Vertragsstaaten nicht bindenden Empfehlungen ausging, lässt sich auf den politischen Wirkungsgrad dieser Empfehlungen zurückführen; vgl. *Müller*, Soziale Grundrechte, 946
87) Im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Realisierung der Koalitionsfreiheit und des Arbeitskampfrechts darf auch nicht unerwähnt bleiben, dass die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände direkt an den Verfahren der Kontrollorgane sowohl der ESCH (Art. 27) wie auch der ILO (structure tripartite) teilhaben. Vgl. hierzu *Valticos*, Mise en parallèle, 248 ff.

liche Grundlage besteht, seiner Aufgabe zur umfassenden Ausgestaltung des Streik- und Aussperrungsrechts nachgekommen ist.[88] Obwohl kein Staat unlimitierte Kampffreiheit gewähren kann, erweist sich die Ausmessung dieses Rahmens als „heikles politisches Unterfangen".[89] Deshalb mag diese Zurückhaltung darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber nicht ohne Not, d.h. ohne ein dringliches sachliches Bedürfnis gesellschaftspolitisch äusserst konfliktträchtige Themen aktualisieren möchte. Denn im Ringen der Koalitionen um die künftigen, rechtlich festgeschriebenen Machtpositionen könnte der Staat seiner eigenen steuernden Funktion und seiner Rolle als Interpret des Gemeinwohls verlustig gehen.

Andererseits kann es nicht ausgeschlossen werden, dass der Staat seine Scheu, arbeitkampfrechtliche Fragen zu regeln, dort aufgibt, wo die Interessen „nichtorganisierter Gruppen"[90] in besonderem Masse auf dem Spiele stehen. Zu denken wäre z.B. an eine Sonderregelung der „essential services" (inklusive Pressestreiks). Zudem darf auch nicht verkannt werden, dass der Gesetzgeber in verschiedenen Ländern und auch in der Schweiz Teilbereiche wie das Schlichtungsrecht und die gesamtarbeitsvertragliche Friedenspflicht, so wie auch das Beamtenstreikrecht genauer umschrieben hat.

In neuerer Zeit lassen sich denn auch in einigen Ländern, wie z.B. Holland, Luxemburg (nur öffentlicher Dienst) und Deutschland vermehrte Kodifikationsbestrebungen erkennen, die aber bis heute noch zu keinem greifbaren Ergebnis geführt haben.[91] Ein Anstoss zur

88) Diese Tatsache mag auch durch die Komplexität und Vielfalt der Beziehungen zwischen staatlichen Institutionen und gesellschaftlichen Gruppen, die ein Verbandsgesetz erschweren, bedingt sein; so *Biedenkopf*, Das Verhältnis von Staat und gesellschaftlichen Gruppen, in FS *K. Ballerstedt*, Berlin 1975, 13 ff., 26

89) *Tomandl*, Grundprobleme, 190

90) Entgegen der Auffassung von *Strasser/Reischauer*, Arbeitskampf, 12 ff., 31 ff. sind nicht nur die „organisierten Interessen" für die Abklärung eines Regelungsbedürfnisses zu untersuchen.

91) Vgl. *Zonderland*, Die Versuche zu einer gesetzlichen Regelung des Streikrechts in den Niederlanden, 309 ff. und Hoefnagels, Streik und Aussperrung in den Niederlanden, in „Streik und Aussperrung", Protokoll, 251 ff. Zur Diskussion über die Frage der Kodifizierung des Arbeitskampfrechts in der BRD am 51. DJT 1976 vgl. Sitzungsbericht R, Bd. II, München 1976 und *Seiter*, Kodifizierung des Arbeitskampfrechts, 1369 ff.

Legiferierung und zugleich ein Massstab zur inhaltlichen Ausgestaltung könnte sich immerhin in den internationalen Konventionen anbieten.

Deutschland kann nun aber als Beispiel dafür dienen, dass die vom Gesetzgeber belassenen Lücken durch den Richter als Ersatzgesetzgeber aufgefüllt werden können.[92] An dieser rechtsfortbildenden Tätigkeit des BAG wurde heftige Kritik geübt: So sei das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewaltentrennung dadurch verletzt, dass ein höchst politisches Recht „unpolitischen" Richtern anvertraut würde. Im politischen, gesetzgeberischen Entscheidungsprozess noch keineswegs entschiedene Fragen würden dem Richter zur Beurteilung vorgelegt, welcher dann seine eigenen sozialpolitischen Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen und in das richterliche Urteil einfliessen lassen könnte.[93] Der Richter versuche die Gemeinwohlbindung des Arbeitskampfes in allgemeinen Grundsätzen zu konkretisieren (Verhältnismässigkeit, Parität usw.), deren Anwendung aufgrund ihres vagen Inhalts die Gefahr der Tarifzensur heraufbeschwörte. *Esser*[94] fasste diese Vorwürfe dahingehend zusammen, dass die Justiziabilität deshalb zu verneinen sei, weil es dem Richter am juristischen Instrumentarium fehle, politisch noch offene und kontroverse Fragen selbst zu klären.

Reuss zieht denn auch die naheliegende Konsequenz, dass allein die Träger der Autonomie selbst entscheiden müssten, ob autonome Regelungen dem Gemeinwohl entsprächen: „Da die Sozialpartner als Mitträger der gesamten demokratischen Ordnung eine öffentliche

92) Nach *Zacher*, Aktuelle Probleme, 554 hat „die politische Allianz zwischen Staat und Gewerkschaften" den Gesetzgeber gehindert, das Arbeitskampfrecht entsprechend der erhöhten Verantwortung der Koalitionen zu regeln: „Eine Regelung, der die Gewerkschaften zugestimmt hätten, konnte der Gesetzgeber den Wählern gegenüber nicht verantworten. Eine andere Regelung wagte kein Gesetzgeber den Gewerkschaften gegenüber durchzusetzen. So wurden die Grenzen des Arbeitskampfrechts richterrechtlich entwickelt.

93) So vor allem *Reuss*, Das neue Arbeitskampfrecht, 353 ff. und ders., Unzulässigkeit, 289 ff.; *Herschel*, Gedanken zu Richterrecht und Tarifautonomie, AuR 1972, 129 ff. (143)

94) *Esser*, Vorverstandnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 199 ff.

Aufgabe erfüllen, entscheiden sie in Eigenverantwortung".

Von einem „Gemeinwohlautomatismus" in der freiheitlichen Auseinandersetzung um bessere Arbeitsbedingungen auszugehen, erscheint hier aber ebenso gefährlich wie eine manchesterliberale Verabsolutierung der Vertragsfreiheit in der Wirtschaftsordnung zu befürworten. Zudem kann es eine Konkurrenz des Herrschaftsanspruchs zwischen Staat und Koalition in jeweils sachlich geschiedenen Bereichen nicht geben.

Es ist nun zwar sicherlich nicht zu leugnen, dass der Vorwurf der gerichtlichen Tarifzensur, d.h. der materiellen Überprüfung der Kampfziele und der Wahl der Kampfmittel eine ernstzunehmende Gefahr aufzeigt, die den Richter vor eine echte Bewährungsprobe stellt. Es ist aber nicht zu verkennen, dass auch eine Verfassung, die im wesentlichen auf die freiheitlichen Ordnungsinitiativen der Sozialpartner vertraut, einen Rahmen abzustecken vermag, der unterverfassungsrechtlicher Konkretisierung – das deutsche Beispiel zeigt dies deutlich - zugänglich ist.[95] Die legislative und richterrechtliche Programmbildung wird durch das internationale Konventionsrecht unterstützt. Bei der Bewertung der dem Richterrecht innewohnenden Risiken darf auch nicht übersehen werden, dass die Verweigerung der von der Sache gebotenen Konkretisierung ebenfalls politischen Charakter annehmen würde. So müsste ein „unpolitischer" Verzicht auf Rechtsfortbildung zur Bewertung des Streiks als Vertragsbruch gelangen und sich zuungunsten der Arbeitnehmer auswirken. Die Beachtung der Generalklausel der guten Sitten verlangt notwendig auch die Berücksichtigung der Kampfmittel der Gegenpartei und trägt hiermit zur Verwirklichung der Tarifautonomie bei.
Politik und Recht lassen sich m.E. überhaupt nicht entlang der Linie der Gewaltentrennung, der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung

95) Vgl. u.a. *Maunz-Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz ad Art. 9 Abs. 3 GG, Randnote, 129 ff.; ausführlich auch *Lerche*, Zentralfragen, 31 ff.; vgl. auch *Zöllner*, Arbeitsrecht und Politik, DB 1970, 54 ff.; a.A. aber *Scholz*, Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 1972, 1771 ff.

klar scheiden. Der rechtsfortbildende Richter wird vielmehr in seiner Tätigkeit immer auch politisch denken und handeln müssen.[96] Der Richter wird die politische Relevanz seiner Entscheidungen ebenso zu beachten haben, wie er den Recht gewordenen politischen Entwurf der sozialen Ordnung, welcher in der Verfassung als politischem Recht[97] schon angelegt ist, in fairer Weise zu respektieren hat.[98]

Die politisch akzentuierte Kritik[99] an der richterlichen Interessenbewertung darf auch nicht verkennen, dass im neueren funktional-instrumentalen Privatrechtsverständnis das Recht selbst wesentlich sozial*ordnende*, politische Funktionen aufweist. Der unversöhnliche Gegensatz von Recht und Politik ist insoweit aufgehoben. Der Zivilrichter vermag selbst die zu entscheidende Frage aus der unmittelbaren, machtmässigen Auseinandersetzung der Interessen herauszunehmen und unter Beachtung der Leitlinien der formellen und materiellen Wirtschaftsverfassung der „Verrechtlichung" durch Regelbildung zuzuführen.[100]

96) Bei *Esser* muss auffallen, dass selbst bei einem Verständis des Richters „als Vermittler zwischen gesellschaftlichem Bewusstsein und dogmatischer Ordnungstradition im System seines Rechts" (Vorverständnis, 137), die politische Fragestellung nicht berührt wird; zur Kritik vgl. *Ryffel*, Recht und Politik, ZSR Bd. 91, 1972, 459 ff., 472, Fn 13, 474 Fn 15

97) Zum Verfassungsrecht als politischem Recht *Kägi*, Verfassung, 127 ff.; die politischen Leitideen der Verfassung bilden gerade die normative Legitimierung der politischen Entscheidung, vgl. *Saladin*, Kunst der Verfassungserneuerung, 286

98) *Ryffel*, Recht und Politik (Fn 96), 474. Dass einer Abstinenz des Rechts von politischen Gehalten nicht das Wort geredet werden darf, beweist das Arbeits- und Wirtschaftsrecht. Gerade das Arbeitskampfrecht ist politisch geprägtes, aus der politischen Auseinandersetzung entstandenes Recht, so *Rüthers*, Arbeitsrecht und politisches System, Frankfurt 1973, 16. Seine politische Funktion liegt in der die gesellschaftlichen Interessen integrierenden, befriedenden und somit machtverteilenden (gemeinwohlorientierten) Zielrichtung (vgl. *Schluep*, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, 574 ff. und *Merz*, Dauer und Wandel des Rechts, ZSR 1973, 325). Vgl. Hierzu ausführlich s.o.S. 105 ff.

99) Die politische „Entlarvung" des Arbeitskampfrechts dient oft als Vorwand zur Durchsetzung eigener, „systemüberwindender" politischer Vorstellungen, vgl. *Seiter*, Streikrecht, 2

100) Vgl. *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 85. Zur weiteren Auseinandersetzung mit dem gerade im Arbeitskampfrecht enthaltenen Spannungsfeld von Recht und Politik kann auf diesen Autor verwiesen werden (80 ff.).

10.4. Balance zwischen Freiheitsverwirklichung und Machtbändigung – Chancen und Unvollkommenheiten organisationsrechtlicher Verfassung von Arbeitskampf und Arbeitsfrieden

10.4.1. Mittel zur Begrenzung „sozialer Selbstverwaltung"

Der Gedanke der Sozialstaatlichkeit trägt die Idee des Ausgleichs gesellschaftlicher Interessengegensätze durch die Selbstverwaltung der Sozialpartner in sich.[101] Koalitionsfreiheit vermag den Staat von seiner sozialstaatlichen Aufgabenerfüllung zu entlasten; Arbeitskampf möchte als Ventil sozialer Spannungen Gegensätze ausserhalb dirigistischer Regelung austragbar machen. Die Sicherung und Abstützung dieser Freiheit erschöpft sich, wenn Freiheit tatsächlich Wirklichkeit werden will, nicht nur in einer Abwehrhaltung des Staates, sondern auch in einer positiven Ermöglichung von Freiheit durch Bereitstellen der Betätigungsinstrumente.

Die Ausübung gesellschaftlicher Freiheit durch Verbände kann aber durch den Machtzuwachs derselben[102] und durch die ihm innewohnende Gefahr des Machtmissbrauchs selbst zum Freiheitsproblem werden. Der soziale Leistungsstaat hat nicht nur wegen seiner Verantwortung für *alle* Gruppen des Staates, sondern auch wegen der Erhaltung seiner eigenen Lenkungsfähigkeit dafür Sorge zu tragen, „dass die Freiheit des einen nicht in Vermachtung des anderen ausufert".[103]

Als klassisches Mittel zur Bändigung von Freiheit hält das Staatsrecht die Freiheitsschranken der Verbote, Gebote und Erlaubnisvorbehalte bereit. Dieses traditionelle Instrumentarium der Verbote vermag aber in einem Sachgebiet, in dem das Recht einen Bereich machtmässiger Auseinandersetzung ausspart, gesellschaftliche Freiheit nicht allein ausreichend zu bändigen.[104] Arbeitskämpfe können eine eigentliche

101) *Rüthers*, Streik und Verfassung, 71 f.
102) Hierzu *Zacher*, Aktuelle Probleme, 554 ff.
103) *H.H. Rupp* zitiert nach *J.P. Müller*, Grundrechte zwischen Dauer und Wandel, in NZZ v. 13. 12. 1976, N 292
104) So auch *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 267

Kluft zwischen rechtlichem Verbot und Rechtswirklichkeit herbeiführen. So hat in Deutschland das Ausbrechen wilder Streiks gerade zur Aushöhlung des Verbots nichtgewerkschaftlicher Streiks beigetragen.[105] In ähnlicher Richtung wies der jüngst ausgebrochene, ausgedehnte Streik bei der Firma *Dubied* in der Schweiz:[106] Die Ablehnung des von einem gesamtarbeitsvertraglich errichteten Schiedsgericht ausgehenden Schiedsspruchs durch die Arbeitnehmer und die Ausrufung des Streiks stellte sich als Verletzung der im Friedensabkommen der Metallindustrie von 1937 (1974 erneuert) statuierten absoluten Friedenspflicht dar. Der Pflicht der Gewerkschaften, den Arbeitsfrieden auch gegenüber den eigenen Mitgliedern durchzusetzen, konnte faktisch keine Nachachtung verschafft werden. Auch eine gesetzliche Friedenspflicht des einzelnen Arbeitnehmers de lege ferenda müsste auf ähnliche Durchsetzungsschwierigkeiten stossen.

Immerhin muss aber im Hinblick auf den Fall *Dubied* festgestellt werden, dass er bis heute nicht charakteristisch für die schweizerische soziale Entwicklung ist. Vielmehr konnten Streikverbote – wie die absolute Friedenspflicht des Friedensabkommens der Metallindustrie beweist[107] – immerhin dann auf tatsächliche Anerkennung zählen, wenn die Verbote von „flankierenden", verfahrensrechtlichen Vorkehren zur Sicherung friedlicher Konfliktlösung begleitet waren. Zudem wird auch von der mangelhaften Durchsetzbarkeit des Rechts in Einzelfällen nicht auf einen generellen Mangel an rechtlicher Steuerungsfunktion in diesem Bereich geschlossen werden können. Denn es dürfte kaum abzuschätzen sein, wann Kämpfe aus rechtlichen Gründen nicht ausgebrochen sind. Recht übt durchaus auch eine präventive Friedensfunktion aus.[108]

105) *Rüthers*, Rechtsprobleme des „tarifbezogenen" wilden Streiks, 2122

106) Vgl. NZZ v. 3. 9. 1976 (nach vier Wochen Streikdauer wurde Wiederaufnahme der Arbeit beschlossen); einen zusammenfassenden Überblick über den Streikverlauf bietet die Schweizerische Arbeitgeberzeitung = SAZ, September 1976, N 38, 639 f.; aus deutscher Sicht vgl. „Die Zeit" v. 10. 9. 1976, S. 22

107) Vgl. die ausführliche wohlstandspolitische Analyse und Bewertung dieses Abkommens bei *Gallati*, Der Arbeitsfriede, 111 ff., 120 ff.

108) So *Tomandl*, Grundprobleme, 188

Wo sich Freiheit zu unterdrückender Macht entwickelt, kann als weiteres Mittel zur Bändigung der Freiheit auch die Übernahme solcher Aktivitäten durch den Staat in Betracht kommen. Eine Beseitigung der freien Preisbildung am Arbeitsmarkt durch staatliche Zwangsschlichtung kann es aber in einem freiheitlichen Staat, welcher keinen Massstab für den „gerechten Lohn" kennt, nicht geben. Da Arbeitsmarkt nur Teil eines umfassenden Marktsystems ist, müssen grundsätzliche Veränderungen der Tarifautonomie das System einer marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschaftsverfassung in Frage stellen.[109] Diese Aussage ist auch für das ordnungspolitische Verständnis der Wirtschaftsverfassung relevant: Koalitionsfreiheit lässt sich nicht allein als isolierte Individualposition verstehen, sie verdeutlicht auch einen Ordnungszusammenhang: Indem sich Freiheit nur unter ganz bestimmten Bedingungen erfüllen kann, setzt sie gewisse Ordnungsprinzipien nicht nur voraus, sondern ist selbst elementarer Baustein dieser Ordnung.[110] Kann nun aber die gemeinsame Verantwortung der Tarifparteien als ordnungspolitische Funktionsbedingung der Arbeitskampffreiheit nicht mehr *funktionieren,* dann müsste sich freiheitliche Organisation selbst aufgeben und neue, möglicherweise staatliche Formen der Preisbildung nach sich ziehen. Diese Gefahr weist in der Kehrseite einen präventiven, freiheitssichernden Aspekt[111] auf.

Eine dritte Möglichkeit gesellschaftliche Macht einzugrenzen, die aus der Nutzung von Freiheit hervorgegangen ist, besteht in organisatorischen Massnahmen ausserhalb der Übernahme der gesellschaftlichen Aktivität in den Bereich der Staatsaufgaben. So können ausserhalb

109) *Rupp,* Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung: „Freiheitliche Sozialsysteme sind gegenüber einer Auswechslung oder Veränderung der einzelnen stabilisierenden Faktoren überaus empfindlich und ihr sensibles Balancement reagiert auf geringe Gewichtsverschiebungen oft mit ganzen Kettenreaktionen" (16); vgl. auch *Rüthers,* Tarifautonomie, 36 f.

110) *Rupp* a.a.O., 6 f. zu den ordnungstheoretischen Konsequenzen von Grundrechten; vgl. auch *Scholz,* Paritätische Mitbestimmung, 32, 37 f. (Struktur- und Systemwirkungen von Grundrechten).

111) Zur Möglichkeit staatlicher Zwangsschlichtung *Rüthers,* Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung, 37 und *Zanetti,* Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, 9

der engeren staatlichen Organisation bestimmte definierbare Freiheitsäusserungen einer „organisatorischen Bändigung und Hegung" *(Christian Starck)* unterworfen werden.[112] Das Beispiel der Vergesellschaftung der Rundfunk- und Fernsehfreiheit ist bekannt; Organisationsprobleme treffen wir aber auch in anderen Grundrechtsbereichen an, wie der Pressefreiheit, der Wissenschaftsfreiheit und der Koalitionsfreiheit. Die Darstellung der Koalitionsinstrumente im Bereich des Arbeitskampfes hat einen wesentlichen Teil dieser Arbeit eingenommen. Die Grundzusammenhänge sollen im Folgenden noch einmal zusammengefasst werden.

10.4.2. Koalitionsinterne und -externe Organisationsprobleme

Das erste Organisationsproblem, das die Koalitionsfreiheit aufwirft, folgt aus der Spannungslage zwischen den Interessen innerhalb der einzelnen Koalitionen.[113] Da Koalitionsbestand und -bestätigung in erster Linie wegen des Schutzes der einzelnen Mitglieder gewährt wird, ergeben sich Schranken der Koalitionsbetätigung aus der Interessenwahrung der Mitglieder. Die Interessen der Mitglieder, auch von einem subjektiven Arbeitskampfrecht Gebrauch zu machen, sind durch verfahrensrechtliche Teilhabe am Koalitionsentscheid und organisationsrechtliche Rahmenbestimmungen zu kanalisieren. Dies ist heute schon weitgehend der Fall; gesetzliche Bestimmungen haben nur dort eine subsidiäre Funktion zu erfüllen, wo statutarische Bestimmungen nicht bestehen oder nicht genügend sind. Bedeutung kommt der Mitbestimmung der Verbandsmitglieder bei der Streikentscheidung des Verbandes aber auch in dem Sinne zu, als sie sich als Kompensation für die wesentliche Beschränkung der negativen Kampffreiheit verstehen lässt.

112) Vgl. *Starck*, Freiheit und Organisation, 10 f. und ders., Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen, 480 ff. und ders., Wie Freiheit verwirklicht werden kann, FAZ vom 27. 4. 1976, Nr. 98

113) *Starck*, Staatliche Organisation, 480 ff., 504 ff.; vgl. auch *Maunz/Dürig*, Kommentar zu Art. 9 GG, Fn 121

Daneben stellt die Koalitionsfreiheit auch Anforderungen an den Gesetzgeber und den Richter, die Instrumente bereitzustellen, mit deren Hilfe die Koalitionen ihre Aufgaben erfüllen können und mit denen die Freiheit auch in den Grenzen der Gemeinverträglichkeit gehalten werden kann. Die Organisationsnormen sollen im wesentlichen die Rechte der sozialen Gegenspieler gegeneinander abgrenzen und den Rahmen bereitstellen, innerhalb dessen die Betroffenen selbst einen Ausgleich erreichen können.[114] Für den Bereich des Arbeitskampfes sind Kampfregeln aufzustellen, ohne dabei den Gedanken zu vernachlässigen, dass auch dem organisationsrechtlichen Gesetzgeber kein freies Ermessen zusteht, die Koalitionsfreiheit auszugestalten.[115]

In der Schweiz hat die „Berufsgemeinschaft", d.h. die Zusammenarbeit der Sozialpartner auf beruflicher Ebene ihre positivrechtliche Regelung in der Ordnung des Gesamtarbeitsvertrages und der Allgemeinverbindlichkeitserklärung gefunden. Freiheitsbedrohende Macht kann aber auch, wie Recht und Praxis der schweizerischen Sozialordnung beweisen, durch institutionalisierte Teilnahme an Schlichtungs- und Schiedsverfahren kanalisiert werden. Organisationsrechtliche Verwirklichung der Freiheit, Konflikte bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen friedlich zu lösen, und Begrenzung der (Arbeitskampf-) Freiheit liegen auch hier wieder eng zusammen.[116] Freiheit bedeutet nicht nur Ausgrenzung, sondern auch Teilhabe. Teilhabe kann gerade dazu dienen, Freiheitsverluste bei der Ausgrenzung auszugleichen und zu mildern.

Realistische Perspektiven für wirksame Beschränkungen des Streikrechts könnten zudem in der Vereinheitlichung und dem Ausbau des staatlichen Schlichtungswesens als zusätzlichem Angebot an die So-

114) *Starck*, Staatliche Organisation, 505 f.; für den Bereich des öffentlichen Dienstes muss nach *Starck*, 509, überprüft werden, ob die Koalitionsmittel auch hierfür passen; eine der privatwirtschaftlichen Regelung der Tarifautonomie entsprechende Organisierung des öffentlichen Dienstes lehnt *Starck* ab (509 f.).

115) *Starck*, „Wie kann Freiheit gesichert werden", in FAZ v. 27. 4. 1976

116) So auch deutlich *Seiter*, Streikrecht, 111

zialpartner gesehen werden.[117)]

Zur präventiven Freiheitssicherung des jeweiligen sozialen Gegenspielers vermögen auch noch andere Gesichtspunkte beizutragen. So mag zwar die faktische Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus rechts- und vertragswidrigen Kampfmassnahmen selten sein, sie kann aber nicht zu unterschätzende präventive Funktion ausüben[118)] und durch entsprechende Bemessung des Schadens den Partner empfindlich treffen.[119)] Auch den äussersten strafrechtlichen Grenzen sollte z.B. bei Betriebsbesetzungen vermehrt Nachachtung verschafft werden; beachtlichen Druck auf den einzelnen Partner vermag aber auch schon die öffentliche Meinung auszuüben.[120)]

10.4.3. Mitwirkung der Arbeitnehmer als Weg von der „konfrontativen zur partizipativen Kooperation"[121)]

Schon nach geltender Verfassung (Art. 34ter Abs. 1 BV) ist die Rechtsordnung der ständig von neuem zu verwirklichenden Aufgabe verpflichtet, den Arbeitsfrieden zu fördern. Selbst das Institut des Arbeitskampfes kann in diese Konzeption nur Eingang finden, wenn es sich ebenfalls dieser Zielsetzung der „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens" unterordnet. Zur Förderung des Arbeitsfriedens kann nun das staatliche Organisationsrecht für die Lösung schon entstandener Konflikte den Rahmen eigenverantwortlichen Handelns der Sozialpartner durch Schlichtungs- und Kampfinstrumente umreissen. Das

117) Immer wieder wird beklagt, dass neben den bestehenden zivilrechtlichen Sanktionen das Arbeitskampfrecht einen wesentlichen Mangel an öffentlichrechtlichen Sanktionen aufweise: *Löwisch*, Das Übermassverbot im Arbeitskampfrecht, 323

118) *Seiter*, Kodifizierung des Arbeitskampfrechts, 1374

119) *Tomandl*, Grundprobleme, 199; Bussen wurden z.B. nach den jüngsten Streiks in Dänemark ausgefällt.

120) Vgl. z.B. *Biedenkopf*, Das Verhältnis von Staat und gesellschaftlichen Gruppen, (Fn 88) 13 ff., 30

121) So *A. Rich*, Die Substanz der Mitbestimmungsforderung in „Mitbestimmung in Beruf und Betrieb", Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft Bern, 1973, 11, 22 ff. und ders., Mitbestimmung in der Industrie, Zürich 1973, 63 ff.

Recht kann aber auch dadurch zum sozialen Frieden beitragen, dass es auf die Verhinderung künftiger Konflikte durch Erkennen und Beseitigen verschiedener Konfliktursachen hinwirkt.[122] Staatliche Förderung der Mitwirkung der Arbeitnehmer zumindest im betrieblichen Bereich, wie sie ebenfalls Art. 34ter Abs. 1 BV ermöglicht, kann Freiheit durch Teilhabe verwirklichen, ohne den Gedanken der Eigenverantwortung als notwendige Voraussetzung einer Partnerschaft und der Verhinderung von Machtmissbrauch aufgeben zu müssen. Aktualisierung der Freiheit und Machthemmung stehen nicht mehr in einem notwendigen Gegensatz, sondern sind aufeinanderbezogen und ergänzen einander.

Dieses enge Verhältnis von konfrontativer und partizipativer Konfliktlösung hat sich in dieser Arbeit immer wieder in der Weise gezeigt, dass die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts (z.B. beim wilden Streik, Beamtenstreik usw.) nicht ohne Berücksichtigung von Fragen der Mitbestimmung in Angriff genommen werden kann. Die Belegschafts- und Arbeitnehmerkommissionen in den schweizerischen Betrieben haben schon heute die Aufgabe, das Zusammenwirken und das Vertrauen von Unternehmensleitung und Belegschaft zu fördern.[123] Ein vertraglicher *und*[124] gesetzlicher Ausbau der diesen Kommissionen zustehenden Rechte, z.B. im Bereich der immer noch lückenhaften betrieblichen Informationspolitik, vermag sich zweifellos positiv auf das soziale Klima auszuwirken. Welche Versäumnisse hier immer noch bestehen, haben die in der französischen Schweiz aufgetretenen, rezessionsbedingten Streikfälle an den Tag treten lassen. So liess sich der ausgedehnte Streik bei der Uhrenfabrik Bulova

122) Dies tut schon heute das ausgebaute Sozialversicherungsrecht der Schweiz; auf diese ausgedehnte Problematik kann aber hier nicht eingetreten werden.

123) *Gallati*, Der Arbeitsfriede, 145 ff.

124) So auch *Rich*, Mitbestimmung in der Industrie, (Fn 121), 198 f. und *Zanetti*, Vorschlag, 5 ff.

in Neuenburg[125] sicherlich vor allem auf eine mangelhafte Informationspolitik der Unternehmensleitung im Hinblick auf die geplanten Betriebsverlegungen und die Entlassungen zurückführen. Gerade die Nichtbeachtung von menschlich-psychologischen Aspekten,[126] wie Achtung und gegenseitiges Vertrauen, sind oft für ein Aufkeimen von Konfliktsituationen verantwortlich. Mitbestimmungslösungen können hier in der praktischen Anwendung „psychosoziale" Auswirkungen haben,[127] die für die Vermeidung von Arbeitskonflikten von nicht zu unterschätzendem Wert sind.

Anderseits dürfen aber auch die Anforderungen an das, was eine (z.B. im Verwaltungsrat einer AG) institutionalisierte Mitbestimmung zu leisten imstande ist, nicht überspannt werden.

So ist bis heute empirisch nicht nachgewiesen, dass auf der Ebene der Unternehmensentscheidungen etablierte Mitbestimmung, soweit schon wie im Montanbereich praktiziert, tatsächlich zu einer Versachlichung und Stabilisierung der unternehmerischen Lohn- und Sozialpolitik führt.[128] Ebenso konnte bis heute nicht der Gegenbeweis

125) Im *Bulova*-Konflikt unterliess es die Unternehmensführung, frühzeitig das Gespräch mit der Belegschaft und der Gewerkschaft zu suchen, um soziale Härten bei Entlassungen zu vermeiden oder mindestens durch einen Sozialplan zu vermindern. Nach *Tschumi*, dem Präsidenten des SMUV, hätten sich Konflikte in der *Bulova*, Neuenburg, bzw. Massa Maret, Payerne vermeiden lassen, wenn in diesen Betrieben wenigstens Personalkommissionen „im Sinne und Geiste der Vereinbarungen vom 19. 7. 1974" (vgl. Geschäftsbericht des SMUV, 88 ff.) bestanden hätten, so SMUV-Z v. 24. 3. 1976, Nr. 12. Schon diese Tatsache lässt verständlich erscheinen, dass die Belegschaft *nicht* zu den vertraglich vereinbarten friedlichen Konfliktlösungsmöglichkeiten griff. Vgl. zu diesem Konflikt auch NZZ v. 24./25. 1. 1976, N 19 und NZZ v. 28. 1. 76, N 22 sowie die FAZ v. 2. 2. 1976. Allein sechs Streiks im Jahre 1976 nahmen die Entlassung von Arbeitnehmern zum Anlass ihres Ausbruchs, NZZ v. 26. 2. 1977, N 48, so z.B. auch in der Hortex AG (NZZ v. 4. 2. 1976); auch im letzteren Fall stimmt eine der wesentlichen Konfliktursachen mit der in der *Bulova* überein.

126) So *Schweingruber*, Rechtliche Aspekte, 267.

127) Vgl. *Lattmann/Ganz* (Hrsg.), Mitbestimmung in der Unternehmung, Bern 1972, 159 ff. und *Zöllner*, Unternehmerische Mitbestimmung und Einzelarbeitsverhältnis, in FS *Fechner*, Tübingen 1973, 159. Die Autoren stimmen darin überein, dass Mitbestimmung gerade dem Arbeitnehmer das Gefühl des Ausgeliefertseins nehmen und Verantwortung fördern will.

128) Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei *W. Geserz*, Demokratisierung der Wirtschaft durch Mitbestimmung, Diessenhofen 1974, 226 ff. und die Schlussfolgerung, 232 f.

angetreten werden, dass der Konflikt zwischen institutioneller Mitbestimmung und dem bestehenden überbetrieblichen Tarifvertragssystem nicht langfristig zu einer Verschlechterung der tarifpolitischen Positionen der betroffenen Betriebe führt; dies müsste eine Schwächung der Selbstfinanzierungskraft und der Erwerbsfähigkeit der Unternehmung bedeuten.[129]

Innerhalb der von der schweizerischen Wirtschaftsverfassung im Hinblick auf die von der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie abgesteckten Systemwirkungen[130] kann aber Mitbestimmung durchaus eine stabilisierende Wirkung auf die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausüben.

Als durchaus praktikable und politisch realisierbare Möglichkeit, der Forderung nach Mitbestimmung der Arbeitnehmer adäquat Rechnung zu tragen, darf der neueste Textentwurf eines Mitwirkungsgesetzes angesehen werden, der von *Zanetti*[131] vorgelegt wurde. Ein solches Mitwirkungsgesetz soll nach dem Zweckartikel dieses Entwurfs die vertrauensvolle Zusammenarbeit des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer fördern und der Sicherung des sozialen Friedens im Betrieb[132] dienen. Die rechtspolitische Zielsetzung des Gesetzesentwurfes ist in dem Sinne zu verstehen, dass Zusammenarbeit nur gefördert, nicht erzwungen werden soll. Zwingend will dieses Gesetz nur insoweit sein, als es dem Arbeitgeber verbietet, „die vorgesehene Bildung von Organen der Vertretung und der Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb zu untersagen oder sonstwie zu verhindern, oder den Organen die Erfüllung ihrer Aufgaben im Sinne des Mitwirkungsgesetzes zu verunmöglichen oder zu erschweren".[133] Neben diesem

129) *Graetz*, ebd.
130) Hierzu deutlich *Badura*, Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit, RdA 1976, 280 und s.o.S. 118, 120 – Interessanterweise hat der Verfassungsentwurf von 1977 die Kompetenz zur „Ordnung des Unternehmens" und damit auch der Mitbestimmung im engen Zusammenhang zur Arbeitsverfassung geregelt (Art. 29 VE), Bericht 67 f.
131) Vgl. *Zanetti*, Vorschlag, 1 ff.
132) Vgl. Art. 1 des Textentwurfes
133) *Zanetti* a.a.O., 11

Mindestgehalt zwingenden Charakters möchte dieses Gesetz nur Normen subsidiärer Natur aufstellen. Diese sollen also nur dann gelten, wenn die Sozialpartner nicht eine kollektivrechtliche Regelung in gemeinsamem Vorgehen vereinbart haben, sei es auf der Berufsebene durch Gesamtarbeitsverträge, sei es auf der Betriebsebene durch Betriebsvereinbarungen.[134]

Zur Sicherung des betrieblichen Friedens möchte dieses Mitwirkungsgesetz gerade dadurch beitragen, dass es auführlich die einzelnen Informationsrechte, Mitsprache- und Mitentscheidungsrechte der Betriebskommission regelt;[135] entsprechend der Regelung im deutschen Betriebsverfassungsgesetz wird den Mitbestimmungsorganen aber auch allgemein untersagt, den Ablauf betrieblicher Aufgaben in Ausübung ihrer Tätigkeit zu stören.[136] – Die Schaffung eines solchen Gesetzes entspricht nach *Zanetti* der „Grundaufgabe des Staates, die Idee der Notwendigkeit einer engen Zusammenarbeit der Sozialpartner auf allen Stufen, die Idee einer solidarischen Gesinnung im Interesse aller und des Landes als solchem stets wachzuhalten". Die bisherige Vertragspolitik des echten Arbeitsfriedens habe gezeigt, dass die Freiheit in dem Masse Bestand haben könne, als die Partner bereit sind, sich selbst in gemeinsamer Verständigung Grenzen zu setzen. Für den Erfolg der Verabredungen der Sozialpartner seien nicht sosehr die vielen oder wenigen Paragraphen, die aufgestellt und unterzeichnet werden, verantwortlich – so notwendig sie auch sein mögen –, sondern die Gesinnung, die dahinterstehe, das heisst die Kraft der sittlichen Idee, die sie trage: die Idee der persönlichen Verpflichtung und eigenen *Verantwortung.*[137] In einer freiheitlichen Rechtsord-

134) Der Vorschlag von *Zanetti* baut auf der bestehenden verfassungsrechtlichen Grundlage von Art. 34ter Abs. 1 BV auf, 11 ff.; ein paritätisches Mitentscheidungsrecht in produktionspolitischen Fragen lehnt *Zanetti* als verfassungswidrig ab, 14

135) *Zanetti,* 11 ff., 14 ff. (Textentwurf)

136) Art. 4 Abs. 2 des Entwurfes

137) *Zanetti,* Vorschlag, 9; zur Verantwortung als einer zentralen Kategorie sozialer Existenz: *Ryffel,* Verantwortung als sittliches Phänomen, Der Staat, Bd. 6 (1967), 275 ff.; vgl. auch *Zacher,* Pluralität der Gesellschaft als rechtspolitische Aufgabe, in „der Staat", 178 f.: „Besondere Aufgaben stellt die richtige Struktur der Verantwortung an den Übergangszonen von Staat und Gesellschaft ..."

nung, welche auch Möglichkeiten zur Austragung von Konflikten belässt und den Konflikt selbst auch als notwendiges Element der Ermittlung des Gemeinwohls hervorhebt, kann der immer wieder neu anzustrebende Gedanke der Verständigung nur auf Gelingen hoffen, wenn sich die Beteiligten auch im Konflikt der rechtlichen Grenzen bewusst sind.

Die Worte *Walter Burckhardts*[138] haben auch heute noch für unser Thema ihre volle Gültigkeit behalten:

> „Das gemeinsame Erdreich, aus dem sich alle ethischen Kräfte nähren, die rechtlichen wie die sittlichen, ist die ethische Gesinnung des Menschen, das lautere und lebendige Bewusstsein der Verantwortlichkeit. Wer sich nämlich auch nur zu begrenzten Forderungen, zu einzelnen Anwendungen auf eine sittliche Idee beruft, muss auch diese Idee selbst verteidigen und den Boden pflegen, auf dem sie erwächst. Wenn der Staat sich auf die Gerechtigkeit beruft, um sein Gebot verbindlich zu erklären, so muss er bei seinen Mitgliedern auch den Sinn für die Gerechtigkeit und den Willen für die Verwirklichung des Gerechten voraussetzen können. Hat der Mensch keinen Sinn für seine ethische Berufung, so versteht er auch das Verbindliche im Gesetz nicht mehr. ... Das Recht ist ihm nur noch ein bequemes Mittel oder ein unbequemes Hindernis für seine egoistischen Zwecke".

Der Ruf nach Gerechtigkeit, den der einzelne zu vernehmen hat, sollte sich wesentlich in der Toleranz als Voraussetzung von sachlicher Diskussion zeigen. Toleranz bildet anerkanntes Element aller Gerechtigkeit[139] und zählt zu den Wesensmerkmalen demokratischer Gesinnung.[140]

138) *Walter Burckhardt*, Aufsätze und Vorträge 1910-1938, Bern 1970, insbesondere der Aufsatz v. 1936: Staatliche Autorität und geistige Freiheit, 71; vgl. auch *H. Thielicke*, Die Bedrohung der Freiheit durch die freiheitliche Gesellschaft, 85, in „Recht und Macht in Politik und Wirtschaft", Zürich 1976

139) *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? 1928, 40 f. und *Mayer-Maly*, Der Arbeitskampf: Ordnungsaufgabe und Prüfstein demokratischer Reife, RdA 1965, 134 f.

140) Das Festhalten des SMUV an der (vertraglichen) Politik gegenseitiger Verständigung zwischen den Vertragsparteien gibt begründeten Anlass, weiterhin auf die Wahrung der Toleranz zu vertrauen; vgl. SMUV-Z v. 17. 11. 1976, Nr. 46 und NZZ v. 19. 7. 1977, N 23 („Vierzig Jahre Friedensabkommen")